

Anuario Mexicano de Derecho Internacional



México, volumen XXI, 2021
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, núm. XXI (enero-diciembre de 2021), es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, teléfono 5556227474, correo electrónico amdi.ijj@unam.mx. Editor responsable: Manuel Becerra Ramírez. Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título: 04-2015-091715170500-102, Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título Electrónico: 04-2015-091716532800-203; ISSN: 1870-4654, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Se terminó de imprimir en mayo de 2021 en los talleres de Ultradigital Press, S. A. de C. V., Centeno 195, Valle del Sur, Iztapalapa, 09819 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor.

Diseño de interiores: Ricardo Hernández Montes de Oca

Edición: Edna María López García, Roberto Zavaleta Cornejo
y Cristopher Raúl Martínez Santana

Formación en computadora: Edna María López García
y Cristopher Raúl Martínez Santana

Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

Asistente de la Revista: Martha Cruz Garduño

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Director

Manuel Becerra Ramírez

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero y Wendy Vanesa Rocha Cacho

Consejo Editorial

Mariano Aguilar Benítez de Lugo (España); Jean Michel Arrighi (Uruguay); Luis Benavides (México); Carlos Bernal (México); Thomas Buergenthal (Estados Unidos de América); Michael Byers (Canadá); Antonio A. Cançado Trindade (Brasil); Rodolfo Cruz Miramontes (México); Simon Chesterman (Australia); Yoram Dinstein (Israel); Kuen-chen FU (China); Alonso Gómez-Robledo Verduzco (México); Juan Manuel Gómez Robledo Verduzco (México); Nuria González Martín (México); Hugo Llanos Mansilla (Chile); Vaughan Lowe (Reino Unido); Ricardo Méndez Silva (México); Rein Müllerson (Reino Unido); Liu Nanlai (China); Georg Nolte (Alemania); Loretta Ortiz Ahlf (México); Beatriz Pallarés (Argentina); Andreas Paulus (Alemania); Luis Peraza Parga (España); Luiz Otavio Pimentel (Brasil); José Luiz Quadros de Magalhaes (Brasil); Juan Manuel Portilla Gómez (México); Tatiana Ribeiro (Brasil); Alejandro Rodiles Bretón (México); Gabriela Rodríguez (México); Elizabeth Salmón Gárate (Perú); Luis Ignacio Savidbas (Argentina); Bernardo Sepúlveda Amor (México); José Luis Siqueiros (México); Alberto Székely (México); Stefan Talmon (Reino Unido); Soledad Torrecuadrada García-Lozano (España); Juan Carlos Velázquez Elizarrarás (México); Ricardo Valero (México); José Luis Vallarta Marrón (México); Jorge Witker (México).

Consejo Dictaminador de Colaboraciones

Gabriela Álvarez Ávila; Marisol Anglés Hernández; Pablo Arrocha Olabuenaga; Humberto Cantú Rivera; Javier Dondé Matute; David Enríquez; Pablo Ferrara; Susana Hernández Pacheco; Miguel González Marcos; Susana Núñez Palacios; Sergio Peña-Neira; Alejandro Ramelli; Evelyn Téllez Carvajal; César Villegas Delgado.

El *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* se encuentra registrado en los siguientes índices y directorios nacionales e internacionales:

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

CLASE

DIALNET

Hague Conference on Private International Law

Index to Foreign Legal Periodicals

Índice de Revistas Mexicanas de Investigación Científica y Tecnológica

Latindex

Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay

Página Jurídica

Redalyc

Revistas Jurídicas

SCIELO

SCOPUS

ULRICHS

Universia

Universidad de La Rioja

Anuario Mexicano de Derecho Internacional por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 24 de marzo de 2021
Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, Ciudad de México
Hecho en México

ISSN: 1870-4654

Contenido

DOCTRINA

Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno	3
Gerhard Niedrist Aida Figuroa Bello	
The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights . .	35
Alejandro Sánchez González	
Espacios convencionales de los derechos políticos en las sentencias de la Corte Interamericana a través de un sistema semiautomático de inteligencia artificial	61
Jesús E. Sanabria-Moyano W. Ricardo Rodríguez-Beltrán R. E. Gutiérrez-Carvajal	
The Core Elements of Representative Democracy within Inter-American Law	93
Elizabeth Jiménez Mora	
A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas	125
Lucas Carlos Lima Lucas Mendes Felipe	
Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica	167
Felipe Ignacio Paredes Paredes	

Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	197
Édgar Hernán Fuentes Contreras Luz Eliyer Cárdenas Contreras	
A definição de cursos d'água internacionais e o caso Silala	233
Amael Notini Moreira Bahia	
El derecho internacional de aguas desde una perspectiva latinoamericana: ¿convenciones universales, acuerdos regionales o mantener el <i>statu quo</i> en la región?.	269
María Ángela Sasaki Otani	
La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana	295
Ricardo Abello-Galvis Walter Arévalo-Ramírez	
O fundamento do direito internacional público: uma releitura da <i>Vereinbarung</i>	339
Vinicius Hsu Cleto	
Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma	365
Juan Carlos Velázquez Elizarrarás	
Sanctioning International Terrorist Organizations (ITOs): The Changing Paradigm of International Legal Personality?	403
Davorin Lapaš	
Requirement of <i>Mens Rea</i> for War Crimes in the Light of the Development of Autonomous Weapons Systems.	441
Xavier J. Ramírez García de León	

COMENTARIOS

Teorías relativas al cumplimiento del derecho internacional público María Helena Carbonell Yáñez	469
Pacifismo e guerra no pensamento político internacional e a construção de um direito humano e fundamental à paz	497
André Luiz Valim Vieira	
Kosovo's Constitutionalism and Some Notes on the Legitimacy of the Spanish Position	535
Ana M. Jara Gómez	
La controversia por el vertedero de residuos en la Cordillera de los Andes. Un estudio de caso acerca de la responsabilidad internacional por daño transfronterizo	565
Alexis Rodrigo Laborías	
Los primeros arbitrajes internacionales en materia ambiental . . .	591
Gabriel Ferrer Ortega	
<i>Birthright citizenship</i> : reflexiones en torno a familias, menores y la nacionalidad por derecho de nacimiento en los Estados Unidos de América	625
Nuria González Martín	
¿Son los Estados Unidos un paraíso fiscal?	665
David Moussali Cole	
A multifacetária legitimidade da <i>Soft Law</i> e o caso do <i>Guiding Principles on Internal Displacement</i>	703
Rodrigo Lobato Oliveira de Souza	
Hacia un análisis sistémico del proceso probatorio en materia de asilo por motivo de orientación sexual e identidad de género en el derecho común europeo	741
Daniel Ángel Borrillo Víctor Luis Gutiérrez Castillo	

Comentarios a los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas del Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.	773
Pietro Sferrazza Taibi	
Proteção multinível da liberdade sexual: crime de violação no direito internacional e o caso <i>Bemba Gombo</i>	797
Felipe Augusto Lopes Carvalho	
<i>Backlash</i> contra o sistema interamericano de direitos humanos. Uma análise sobre o caso Venezuela	831
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro	
Estándares convencionales en procedimientos de personas migrantes	867
Natalia Beltrán Orjuela	
Leydi Marcela Palacios Segura	
Problemas en la frontera: retos migratorios en el Perú desde un enfoque interseccional de discapacidad.	895
Renata Bregaglio Lazarte	
Paula Camino Morgado	

COYUNTURA INTERNACIONAL

El Acuerdo de Paz para Colombia. Un singular mecanismo de consolidación de la paz.	933
Elena C. Díaz Galán	

PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA

Implementación del T-MEC. Las medidas tecnológicas de protección y el régimen de limitaciones de la Ley Federal del Derecho de Autor de México	965
Jorge Luis Ordelin Font	

El asilo político concedido a nacionales ecuatorianos en México	973
Ingrid Berlanga Vasile	
El protocolo modificadorio al T-MEC. Su recepción en derecho interno	983
Manuel Becerra Ramírez	

RESEÑAS

Ortega Hernández, Rolando Joaquín, <i>Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos</i>	989
David López Jiménez	
Mejía-Kaiser, Martha, <i>The Geostationary Ring: Practice and Law</i> . . .	997
Juan Manuel Portilla Gómez	
Salinas Alcega, Sergio, <i>Desplazamiento ambiental y derecho internacional. Consideraciones en torno a la necesidad de un marco regulatorio no exclusivo</i>	1001
Rosalía Ibarra Sarlat	
Drnas de Clément, Zlata, <i>Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional</i>	1005
Lilian del Castillo de Laborde	

IN MEMORIAM

Sergio E. González Gálvez (1934-2020).	1011
José Humberto Castro Villalobos	
Rodolfo Cruz Miramontes (1931-2020)	1015
Manuel Becerra Ramírez	

Doctrina

Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno

*Towards Effective Coordination between Specialized
Regimes to Guarantee a Harmonious Interpretation
in Modern Public International Law*

*Vers une coordination efficace entre les régimes
spécialisés pour garantir une interprétation
harmonieuse du droit international public moderne*

Gerhard Niedrist*
Aida Figueroa Bello**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características de solución de controversias en regímenes especializados*. III. *Conflictos entre regímenes en el derecho internacional moderno*. IV. *Coordinación entre regímenes especializados en derecho internacional público*. V. *A manera de conclusión*. VI. *Bibliografía*.

* Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4245-0881>, gerhard.niedrist@tec.mx.

** Universidad Autónoma de Nuevo León, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2699-642X>.

Artículo recibido el 27 de mayo de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 3-33
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: El derecho internacional moderno se caracteriza, en gran parte, por sus regímenes especializados. El derecho comercial internacional, la protección internacional de derechos humanos y el derecho ambiental internacional son sólo algunos de los ejemplos más importantes de áreas aisladas en el derecho internacional, mismas que se caracterizan por su reclamo de hegemonía. El presente artículo analiza la interacción entre los diferentes regímenes, concluyendo así que el derecho internacional actual carece de las capacidades para coordinar de manera efectiva tales regímenes. En este mismo sentido, argumentaremos que resulta imprescindible una necesaria e imperiosa coordinación entre los diferentes mecanismos de solución de controversias. Una coordinación efectiva entre regímenes especializados se podrá llevar a cabo mediante reglas como el *forum non conveniens* del *common law*, y no a través de criterios de secuencia temporal, como lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Palabras clave: régimen, solución de controversias, fragmentación, *common law*.

ABSTRACT: Modern international law is largely characterized by its specialized regimes. International commercial law, international protection of human rights and international environmental law are only the most important examples of isolated areas in international law and which are characterized by the establishment of a certain hegemony of their rules. This article analyzes the interaction between different regimes and will conclude that current international law lacks the capacities to effectively coordinate these regimes. We will argue that coordination is required between the different dispute settlement mechanisms. An effective coordination between specialized regimes can be carried out through rules such as the *forum non conveniens* of *common law* and not, as established by the Vienna Convention on the Law of Treaties, through criteria of temporal sequence.

Key words: regime, dispute resolution, fragmentation, *common law*.

RÉSUMÉ: Le droit international moderne se caractérise, dans une large mesure, par ses régimes spécialisés. Le droit commercial international, la protection internationale des droits de l'homme et le droit international de l'environnement ne sont que quelques-uns des exemples les plus importants de domaines isolés du droit international, qui se caractérisent par leur prétention à l'hégémonie. Cet article analyse l'interaction entre les différents régimes, concluant ainsi que le droit international actuel n'a pas les capacités de coordonner efficacement ces régimes. Dans ce même sens, nous soutiendrons qu'une coordination nécessaire et impérative entre les différents mécanismes de règlement des différends est essentielle. Une coordination efficace entre les régimes spécialisés peut être assurée par des règles telles que le *forum non conveniens* de *common law*, et non plus par des critères de chronologie, comme établi par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités.

Mots-clés: régime, règlement des différends, fragmentation, *common law*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público ha sido durante mucho tiempo un ámbito jurídico materialmente limitado, enfocándose de manera preponderante a cuestiones de derecho del mar, acuerdos comerciales, relaciones consulares y diplomáticas, regulación de fronteras, así como a acuerdos de paz y reparaciones. Los únicos sujetos eran los Estados y sus métodos de solución de controversias se limitaban a métodos diplomáticos y políticos.¹

Como es bien sabido, la transformación hacia el derecho internacional moderno comenzó después de la Primera Guerra Mundial, cuando los Estados dieron origen a las organizaciones internacionales con personalidad propia. La Sociedad de las Naciones —como antecesora de las Naciones Unidas— hizo los primeros intentos en limitar el uso de la fuerza y estableció —con la Corte Permanente de Justicia Internacional— el primer tribunal permanente para la resolución de conflictos entre Estados. Organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo, la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones son los primeros ejemplos de especialización en derecho internacional.

Dicha transformación se intensificó y, al menos en parte, concluyó después de la Segunda Guerra Mundial, cuando —en conjunto y en el entorno de la fundación de las Naciones Unidas— surgieron diversas agencias especializadas y otras numerosas organizaciones internacionales. Hoy en día, las organizaciones internacionales se ocupan de un sinnúmero de temas, como agricultura, cuestiones humanitarias, medio ambiente, pesca, cuestiones marítimas, control de armas, energía, finanzas, comercio y aduanas, cooperación policial, derechos humanos, transporte, integración regional, educación y cultura, entre otros. Y ha sido así que de esta manera se han desarrollado diferentes regímenes de derecho internacional, los cuales regulan y abarcan ciertas áreas temáticas especializadas mediante un conjunto de principios, normas, reglas y procesos de toma de decisiones.²

¹ La excepción sería el arbitraje, el cual surgió a finales del siglo XIX.

² Bradford, Anu, “Regime Theory”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 8, pp. 737-743, en particular p. 737.

No obstante lo anterior, la transformación y los cambios en el derecho internacional público no sólo se han basado en la ampliación y especialización del derecho sustantivo, sino también en cambios trascendentales y fundamentales en el derecho procesal internacional. Ello ha sido así que algunas de las nuevas organizaciones internacionales han creado sus propios y especializados organismos de solución de controversias. De los ejemplos más importantes, podemos citar al órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), diversos tribunales y órganos cuasijudiciales de la protección internacional de derechos humanos, así como otros tribunales y órganos de solución de controversias internacionales y regionales.³

Resulta por demás interesante señalar que una de las consecuencias de la especialización del derecho internacional público es precisamente su fragmentación. Ello implica que en el seno de un régimen especializado se encuentran tanto derecho sustantivo como reglas procesales de solución de controversias. Tales regímenes tienen mínimos puntos de enlace entre sí, y aún menos hacia el derecho internacional general.

El presente artículo examina la coordinación entre regímenes especializados en el derecho internacional, cuyo análisis se centra en el derecho comercial internacional de la OMC y la protección internacional de los derechos humanos que, además de contar con una cobertura casi global, también han establecido sistemas de solución de controversias de gran alcance y enorme trascendencia. Por su parte, el régimen de protección internacional del medio ambiente no cuenta con un sistema homogéneo de solución de controversias, pero sí con importantes puntos de conflicto con el sistema de comercio internacional.

En este sentido, argumentaremos que organismos integradores del derecho internacional público, tales como las Naciones Unidas, o bien su Corte Internacional de Justicia (CIJ), están perdiendo influencia y capacidad de coordinación entre diferentes áreas del derecho internacional ante la creciente especialización y fragmentación de dicho orden jurídico internacio-

³ Entre muchos otros, se encuentran el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los comités de los tratados universales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional y tribunales penales para ex-Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia Andino o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

nal.⁴ De igual modo, tampoco la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT o Convención de Viena) puede ejercer tales facultades, dado que ésta tiene una visión homogénea del derecho internacional, cuyos criterios de coordinación se basan en lineamientos temporales, y no atiende a la lógica de los emergentes regímenes especializados.

No obstante, en la jurisprudencia de los órganos de solución de controversias de los regímenes especializados podemos observar una creciente práctica hacia una interpretación armoniosa en derecho internacional. Asimismo, y dada la debilidad de la CVDT, sólo los elementos de derecho procesal nacional —basado en derecho consuetudinario y principios generales de derecho— pueden brindar dicha coordinación. El *common law* —en claro contraste a los sistemas de derecho civil— se enfoca a criterios de especialidad, permitiendo así litigios paralelos, y, por tanto, pareciera tener elementos más apropiados para proporcionar dicha interpretación armónica en el derecho internacional público.

II. CARACTERÍSTICAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN REGÍMENES ESPECIALIZADOS

Resulta interesante mencionar que a la OMC, a pesar de un evidente estancamiento en su más reciente desarrollo, se le considera un caso exitoso en el derecho internacional. Con sus 164 miembros tiene una cobertura casi global, con estructuras flexibles y efectivas, y con un sistema de solución de controversias rápido y eficaz; como dato, hasta la fecha, ha resuelto más de 500 casos, muchos más que en cualquier otro sistema global e internacional de solución de controversias.⁵

Por otro lado, la OMC recibe también constantes críticas debido a su relación indiferenciada —y, en parte, indefinida— hacia otras áreas del derecho internacional. En general, resulta indiscutible que la OMC constituye un régimen especializado en el derecho internacional. Sin embargo, tal pro-

⁴ Posner, Eric A., “The Decline of the International Court of Justice”, *Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 233*, 2004.

⁵ Comparativamente, la CIJ ha decidido, desde 1945, 162 casos, mientras que el Tribunal Internacional del Derecho de Mar sólo 23 casos, desde 1996.

nunciamiento no implica conocer en qué medida el derecho internacional general y el derecho de otros regímenes pueden ser aplicados dentro del sistema de la OMC. En particular, la relación del derecho de la OMC tanto con la protección internacional del medio ambiente como con el sistema internacional de los derechos humanos se discute ampliamente en la literatura académica.⁶

Como es bien sabido, la solución de controversias dentro de regímenes especializados se caracteriza por su pretensión hegemónica. La OMC establece una hegemonía de carácter formal, la cual se basa, por un lado, en las disposiciones de su consideración de solución de controversias y, por el otro, en las características de los miembros de sus paneles y del Órgano de Apelaciones. Los miembros de los paneles no requieren ninguna competencia comprobada en ciencias jurídicas y, de igual modo, para los miembros del Órgano de Apelaciones, basta con tener una competencia en derecho comercial internacional, en particular sobre los acuerdos de la OMC.

Por ende, son expertos en comercio internacional, los cuales deciden cuestiones con efectos transversales hacia el derecho ambiental internacional o la protección internacional de los derechos humanos. Algunos ejemplos son las decisiones de la OMC sobre la explotación de tierras raras,⁷ sobre los métodos de pesca de atún en México,⁸ o bien el caso sobre la licenciación forzada de patentes contra VIH/SIDA (virus de inmunodeficiencia humana y síndrome de inmunodeficiencia adquirida, respectivamente).⁹ En conjunto, y con la gran aceptación del sistema de solución de contro-

⁶ Para un análisis detallado del derecho de la OMC, véanse Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, *Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, parás. 165-171; Böckenförde, Markus, “Zwischen Sein und Wollen – Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens”, *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003, pp. 971-1005.

⁷ World Trade Organization, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R and Add.1 / WT/DS432/R and Add.1 / WT/DS433/R and Add.1, adopted 29.8.2014, upheld by Appellate Body Reports WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, pará. 7.149.

⁸ World Trade Organization, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, Panel Report, adopted 13.6.2012, WT/DS381/R, as modified by Appellate Body Report WT/DS381/AB/R, DSR 2012: IV, 2013.

⁹ Este caso finalmente no fue decidido de manera legal, sino a nivel político.

versias, el resultado es lo que Hestermeyer ha denominado “una jerarquía *de facto*” de la OMC hacia otros regímenes especializados de derecho internacional.¹⁰

Ahora bien, y hasta la fecha, ni los tribunales ni los órganos de protección internacional de derechos humanos han hecho referencia a los regímenes externos, y tampoco se ha desarrollado una discusión teórica respecto a dilucidar hasta qué grado los regímenes externos deben ser aplicables en el sistema de derechos humanos. En cambio, varios tribunales internacionales —en particular los europeos— han desarrollado una tendencia para verificar actos de organizaciones internacionales que resulten compatibles o relativos con derechos humanos internacionales. Tal es el caso de las *sentencias Kadi*, en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se reservó el derecho de revisar resoluciones del Consejo de Seguridad,¹¹ y en las que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó una decisión claramente similar.¹² En varias sentencias, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional alemán han exigido criterios y normas de derechos humanos dentro de organizaciones internacionales.¹³ En un caso sudafricano, compañías farmacéuticas tenían que retirar demandas¹⁴ contra licencias compulsivas de medicinas VIH/SIDA por la gran presión pública, dada la fuerte posición que particularmente tienen la salud pública y los derechos humanos en la Constitución.¹⁵ Con base en estos

¹⁰ Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 193-197.

¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi I), C-402/05P, Sentencia del 3 de septiembre de 2008, parás. 314 y 326; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi II), C-584/10P, Sentencia del 18 de julio de 2013, para. 133.

¹² Comité de Derechos Humanos, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck vs. Belgium*, Communication No. 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 (2008).

¹³ Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), *Eurocontrol*, BVerfG, 23.06.1981 – 2 BvR 1107/77, 1124/77, 195/79; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beer and Regan vs. Germany* (Application no. 28934/95), 1999; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Waite and Kennedy vs. Germany* (Application no. 26083/94), 1999.

¹⁴ High Court of South Africa, “Pharmaceutical Company Lawsuit (Forty-Two Applicants) against the Government of South Africa (Ten Respondents)”, Notice of Motion in the High Court of South Africa (Transvaal Provincial Division), Case number: 4183/98.

¹⁵ Harrison, James, *The Human Rights Impact of the World Trade Organisation*, Portland, 2007, p. 158.

ejemplos, podemos suponer que, en un caso ante un órgano de derechos humanos, las disposiciones del sistema internacional de derechos humanos prevalecerán sobre obligaciones de tipo comercial. Es importante mencionar que no se trata de una jerarquía de normas, sino “sólo” de una jerarquía en la aplicación entre diferentes regímenes.¹⁶

En otras palabras, al igual que la OMC, los derechos humanos y los demás regímenes especializados establecen una hegemonía de su propio sistema, esto es, prefieren aplicar su propio sistema sobre otros. En última instancia, son estas características inherentes a todos los regímenes especializados. El resultado es la fragmentación del derecho internacional, la cual, según varios presidentes de la CIJ, así como para algunos autores, pone en peligro la unidad del derecho internacional. Otras opiniones consideran a la fragmentación como un problema técnico, el cual surgió naturalmente de una creciente actividad y especialización del derecho internacional.¹⁷ En cualquier caso, la especialización y fragmentación del derecho internacional es un hecho, el cual resulta innegable, y una coordinación entre diferentes regímenes sólo podrá proveer el derecho internacional público general.

III. CONFLICTOS ENTRE REGÍMENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO

1. *Conflictos técnicos dentro de un régimen*

Es importante señalar que ningún sistema de solución de controversias se está desarrollando en completo aislamiento de otras áreas del derecho internacional público. Hasta la fecha, y de acuerdo con un estudio de Marceau, otros organismos internacionales de resolución de controversias se basaron en derechos de la OMC en más de 150 casos.¹⁸ Ello es una muestra de que la OMC, a parte de su rapidez y flexibilidad interna, también ejerce una

¹⁶ Joseph, Sarah, *Blame it on the WTO?: A Human Rights Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 54.

¹⁷ Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, para. 9o.

¹⁸ Marceau, Gabrielle *et al.*, “The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation”, *Journal of World Trade*, vol. 47, núm. 3, 2013, pp. 481-574, en especial p. 481.

considerable influencia en otros órganos de derecho internacional. Sin embargo, en un análisis detallado de tales casos se puede observar que las referencias hacia el sistema legislativo de la OMC hechas por órganos externos se limitan casi en su totalidad a casos de protección de inversiones, acuerdos comerciales regionales y protección de propiedad intelectual. Consecuentemente, de las 150 referencias, 42 se refieren a la Comunidad Andina, otras 31 al capítulo 19 del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), 20 al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), 12 casos relativos al capítulo 11 del TLCAN, 9 al Mercosur y otros 8 al Centro de Arbitraje de la OMPI (Organización Mundial de la Protección Intelectual).¹⁹ Lo anterior supone que la influencia y el liderazgo de la OMC se limitan a su propio régimen de derecho comercial internacional, esto es, a aquellos organismos que ejercen iguales o similares facultades que la propia OMC.

Así pues, conviene señalar que las razones por las cuales los órganos de solución de controversias recurren a la jurisprudencia de la OMC corresponden a, por un lado, que de esta manera pueden aclarar sus propios términos jurídicos, los cuales son iguales o similares a los de la OMC, y también, por otro lado, garantizar una interpretación armónica con el sistema legal de la OMC. Sin embargo, ninguno de estos sistemas, y tampoco la CVDT, exigen explícitamente el uso de derecho de la OMC.²⁰

La protección internacional de los derechos humanos, que consiste en el sistema global y universal de derechos humanos en el entorno de las Naciones Unidas y en los tres sistemas regionales de los derechos humanos, funciona de manera similar. Frecuentemente, sus tribunales y órganos no sólo se basan en su propia jurisprudencia, sino que también tienen en cuenta a la de los demás sistemas. Al igual que con la OMC, el objetivo es nuevamente una interpretación uniforme del régimen global de derechos humanos sin ninguna obligación legal específica.²¹

¹⁹ *Ibidem*, pp. 484 y 531.

²⁰ *Ibidem*, pp. 489 y 532; Petersmann, Ernst-Ulrich, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1997, p. 48.

²¹ Lixinski, Lucas, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3, 2010, pp. 585-604.

2. Característica de rupturas entre regímenes especializados

Con respecto a conflictos entre regímenes de diferente enfoque y alcance, tal como, por ejemplo, entre la OMC, los derechos humanos y la protección internacional del medio ambiente, hemos de señalar que hasta la fecha han sido muy escasos.

Por lo que se refiere a casos relativos a la OMC con la protección internacional del medio ambiente, se han resuelto dentro de su propio sistema de solución de controversias de aquélla, mientras que conflictos relativos a derechos humanos han sido resueltos a un nivel político. Por otro lado, la OMC no gozaba de casi ninguna importancia en la resolución de conflictos de casos sobre medio ambiente o derechos humanos, lo cual al final implica un paralelismo de los diferentes regímenes especializados. No obstante, y en vista de la creciente fragmentación del derecho internacional, podemos suponer que en el futuro surgirá un mayor número de conflictos, quizá no de manera masiva en número, pero sí conflictos entre diferentes regímenes de derecho internacional. Son precisamente este tipo de casos para los cuales el derecho internacional público debe proveer y garantizar una función de coordinación.

En este contexto, es importante tener en cuenta que las diferencias no corresponden a dificultades técnicas legales o de jurisprudencia, las cuales dificultan la coexistencia armoniosa entre diferentes regímenes dentro de un marco general de derecho internacional, sino más bien a rupturas sociales e incompatibilidades en sus finalidades, que se reflejan en los diferentes regímenes. Rupturas entre el derecho de la OMC, los derechos humanos y el medio ambiente son naturales e inherentes al sistema, ya que ante situaciones iguales o parecidas, con diferentes bases legales y objetivos, se llega a conclusiones diferentes.

Por otro lado, resultan inexistentes tales rupturas entre regímenes y sistemas con objetivos afines y similares; un ejemplo de ello: entre los diferentes sistemas de derechos humanos en su relación con derecho humanitario o la preservación de la paz y seguridad internacional.²² Lo mismo aplica a la relación de la OMC con la protección de inversiones internacionales o acuerdos

²² Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 999-1049, en especial pp. 1013 y 1014.

comerciales regionales, donde todos, si bien tienen diferentes contenidos y prioridades, se enfocan al mismo objetivo de la liberalización del comercio. Sus conflictos son, en consecuencia, de carácter técnico,²³ pero no *per se* incompatible. Por ende, la correspondiente jurisprudencia se enfoca más bien a conceptos técnicos procesales.

Por su parte, Pauwelyn describe conflictos entre dos regímenes modernos, pero parcialmente incompatibles, como conflictos duros (*hard cases*).²⁴ Entre el derecho de la OMC, los derechos humanos y la protección internacional del medio ambiente, existe un conflicto de diferentes racionalidades dentro de un mundo globalizado moderno,²⁵ basado en una fragmentación social causada por los diferentes objetivos de estos regímenes. Así, la función más importante que debe hacer en este contexto el derecho internacional es proporcionar un efecto de mediación y de equilibrio entre estos subsistemas fragmentados.²⁶

Sin embargo, los conceptos sobre las características de tal coordinación y mediación se deben desarrollar de la misma manera, tal y como también se ha desarrollado en las últimas décadas el derecho internacional de regímenes especializados. Durante siglos, el derecho internacional fue dominado casi exclusivamente entre Estados²⁷ y ejerció la función de coordinación entre ellos. En evidente contraste, el derecho internacional moderno, con su multitud de organismos internacionales especializados y actores no estatales, tiene una influencia reguladora más directa y determina cada vez más acciones administrativas y derecho administrativo a nivel global. No obstante, tal influencia administrativa global requiere, igualmente, de una coordinación constitucional globalizada para garantizar la coexistencia pacífica entre las diferentes realidades especializadas.²⁸

²³ Gantz, David A., "Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties", *American University International Law Review*, vol. 14, 1998, p. 1025.

²⁴ Pauwelyn, Joost, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *The American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, 2001, pp. 535-578, en especial p. 545.

²⁵ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *op. cit.*, p. 1017.

²⁶ *Ibidem*, p. 1045.

²⁷ *Ibidem*, p. 1008; Kuo, Ming-Sung, "Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism", *San Diego International Law Journal*, vol. 10, 2008, pp. 439-468, en particular p. 447.

²⁸ *Ibidem*, p. 440.

De acuerdo con un estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación en derecho internacional, dicha coordinación debe cumplir con al menos dos tareas principales, que a continuación se mencionan. Primero, se deben resolver los conflictos que surjan cuando órganos de solución de controversias de diferentes regímenes se contradicen en un mismo caso. En última instancia, un equilibrio entre este tipo de conflictos solamente se puede lograr con base en el derecho internacional general, el cual debe garantizar una coexistencia pacífica entre diferentes regímenes especializados. Segundo, y desde la perspectiva del derecho material, estas reglas de coordinación requieren una aceptación en la medida en que puedan ejercer su papel coordinador entre regímenes especializados que permitan un desarrollo armónico y paralelo entre diferentes normas especializadas.²⁹

3. Elementos hacia una interpretación armónica en derecho internacional

Ante ello, y a pesar de que hasta la fecha surgieron pocos casos de conflicto entre regímenes no afines, resulta evidente la necesidad de reglas claras y específicas de coordinación entre las diferentes áreas especializadas. Pero ¿qué elementos debe tener una coordinación efectiva entre diferentes regímenes del derecho internacional público? En el caso *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, un panel de la OMC expresó la suposición de que los Estados normalmente no quieren intervenir en obligaciones que están en conflicto.³⁰ Es esa la razón por la que la OMC usa tratados externos como fuentes interpretativas dentro de su propio sistema especializado, aunque en la aplicación dan preferencia a su propio sistema jurídico. En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* de la CIJ, el juez Weeramantry, con referencia hacia la OMC, hizo un llamamiento hacia una interpretación armónica con el derecho internacional del medio ambiente.³¹ Este uso de elementos externos por órganos de solución de controversias especializados puede explicarse

²⁹ Comisión de Derecho Internacional, *op. cit.*, parás. 56-122.

³⁰ “[T]here is a presumption against conflicts in that parties do not normally intend to incur conflicting obligations”. WTO, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel Report, adopted 23.7.1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, Corr. 1 and Corr. 2, Corr. 3 and Corr. 4, DSR 1998:VI, 2201, par. 5.349.

³¹ Corte Internacional de Justicia, “Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia) Separate Opinion of Vice-President Weeramantry”, *ICJ Reports*, 1997, 7.

por un cierto deseo de armonía y coherencia entre diferentes sistemas.³² Sin embargo, tal anhelo hacia una coherencia carece de un fundamento jurídico, aun cuando pareciera que los organismos tratan de evitar inconsistentes y contradictorias interpretaciones.³³

Tal y como detallan Fischer-Lescano y Teubner, la autonomía de regímenes se incrementa frente a otras áreas de derecho internacional, en cuanto más confían en la fuerza de su propia estructura institucional.³⁴ Esto ocurre debido a que los órganos de aquellos regímenes tienden a ver a su propio sistema como integral y completo, y sólo recurren hacia el derecho internacional en general en situaciones excepcionales.³⁵ Con ello, se explica el entendimiento hegemónico de la OMC, el cual llega a la comprensión de ésta como un sistema cerrado.

Sin embargo, la OMC también ha reconocido el derecho a una interpretación pacífica y armónica; en efecto, en su *caso Korea – Dairy*, el Órgano de Solución de Controversias expresó:

In light of the interpretive principle of effectiveness, it is the duty of any treaty interpreter to “read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to all of them, harmoniously”. An important corollary of this principle is that a treaty should be interpreted as a whole, and, in particular, its sections and parts should be read as a whole. Agreement expressly manifests the intention of the Uruguay Round negotiators that the provisions of the WTO Agreement and the Multilateral Trade Agreements included in its Annexes 1, 2 and 3 must be read as a whole.³⁶

Es importante señalar que el Órgano de Apelaciones en esta decisión se refirió a la interpretación armoniosa dentro de la propia OMC, que se basa en un acuerdo marco que, a su vez, combina y coordina varios acuerdos sustantivos³⁷ con elementos del derecho procesal.³⁸

³² Marceau, Gabrielle *et al.*, *op. cit.*, p. 490.

³³ *Ibidem*, pp. 492 y 493.

³⁴ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *op. cit.*, pp. 1015 y 1016.

³⁵ Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006, pp. 483-529, en especial p. 505.

³⁶ World Trade Organization, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, Report of the Appellate Body, adopted 14.12.1999, WT/DS98/AB/R, par. 81.

³⁷ Por ejemplo, de liberalización de comercio en bienes (GATT) y servicios (GATS) o la protección de propiedad intelectual (TRIPS).

³⁸ Las reglas de solución de controversias se encuentran en el DSB.

Resulta incomprensible ¿por qué este principio sólo debería ser aplicado dentro de la OMC?, sobre todo tomando en cuenta que no constituye un sistema cerrado, en completo aislamiento del resto del derecho internacional. En tal sentido, no se pudiera leer ni interpretar, sin las intenciones de sus partes, fuera de la misma. De tal modo que no resultaría factible que dos o más Estados quieran cooperar y proteger, ya sea en materia de medio ambiente o de derechos humanos, mediante sus respectivos tratados y, a la vez, que en Ginebra ignoren estos compromisos en sus procedimientos de solución de controversias ante la OMC.

Cabe destacarse que a partir de la jurisprudencia del Órgano de Apelaciones, igualmente, se puede deducir que la función de *lex specialis* es, en última instancia, una técnica para un equilibrio entre diferentes obligaciones contractuales. Por ejemplo, en el *caso US – Gasoline*, el Órgano de Solución de Controversias expresó, asimismo, que las excepciones no deben usarse de manera que frustren por completo los derechos contemplados en el GATT.³⁹ En este mismo sentido se expresó el Órgano de Apelaciones en el *caso US – Shrimp*: “balance must be made between the right... to invoke an exception and the duty... to respect the treaty rights of the other members”.⁴⁰

En este contexto, es importante recordar dos conceptos básicos: primero, si bien los Estados que participan en regímenes especializados, como la OMC, la protección del medio ambiente y los derechos humanos, no son 100% idénticos, a grandes rasgos sí son los mismos;⁴¹ segundo, las reglas de interpretación del derecho internacional convencional no son automatismos que sólo estén sujetos a una secuencia cronológica. Eso significa que tanto la adaptación como la modificación del derecho no se originan basadas en algunas disposiciones lógicas y abstractas, sino se trata más bien de una au-

³⁹ World Trade Organization, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, adopted 20.5.1996, WT/DS2/AB/R, par. 21; Van Damme, Isabelle, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 286.

⁴⁰ World Trade Organization, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Panel Report, adopted 6.11.1998, WT/DS58/R and Corr. 1, as modified by Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, DSR 1998: VII, par. 156.

⁴¹ Pauwelyn, Joost, “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003, pp. 903-916, en especial pp. 903 y 904.

torización del legislador para adaptar el derecho a través de nuevas reglas interpretativas.⁴²

En el mismo sentido, no resulta argumentable, salvo en casos excepcionales, que los Estados quieran excluirse intencionalmente de la participación de regímenes especializados. Como bien sabemos, el régimen de la OMC se basa en el GATT de 1947 como simple tratado internacional, pero cuyas reglas, incluyendo excepciones del medio ambiente, fueron incorporadas casi de manera idéntica a la OMC en su fundación en 1995. Con una estricta interpretación temporal, los compromisos del GATT de 1947 quedarían limitados por el derecho del medio ambiente, emergido en los setenta y ochenta, y este último, por la OMC de 1995.

Atendiendo a todo lo anterior, pareciera que el derecho internacional público está desarrollando una costumbre hacia un desarrollo armónico entre regímenes especializados. Si efectivamente eso sucede, ello dependerá si se sigue estableciendo la práctica estatal ya existente, al igual que si los Estados, así como los demás sujetos de derecho internacional público, desarrollan la correspondiente *opinio iuris*.

IV. COORDINACIÓN ENTRE REGÍMENES ESPECIALIZADOS EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. *¿Coordinación por el derecho internacional general (ONU, CIJ, Convención de Viena)?*

En varias ocasiones se ha atribuido a las Naciones Unidas una función coordinadora e integradora como “Constitución del derecho internacional”.⁴³ Tal autoridad se basa, sobre todo, en su alcance universal con una membresía de casi todos los países en el mundo, así como de los efectos coercitivos que tienen las resoluciones por parte del Consejo de Seguridad como encargado primordial para mantener la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo,

⁴² Vranes, Erich, “*Lex superior, lex specialis, lex posterior – Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln»*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005, pp. 391-405, en especial p. 397.

⁴³ Fassbender, Bardo, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, pp. 529-619.

ello significa que las Naciones Unidas solamente ejercen su liderazgo dentro de su propio régimen respecto a la pacífica y armónica convivencia entre Estados, careciendo de las facultades para ejercer tales funciones entre regímenes especializados del derecho internacional moderno. Aunado a ello, las Naciones Unidas se basan —particularmente el Consejo de Seguridad— en decisiones de índole material y política, las cuales no son aptas para establecer una coordinación formal-procesal entre regímenes especializados. Estas decisiones sistémicamente están en contra de la necesidad de dicha coordinación judicial.

Entre tanto, y como órgano judicial de las Naciones Unidas, la CIJ podría desempeñar ese papel de coordinación; sin duda alguna, es uno de los órganos de solución de controversias más importantes del derecho internacional general, que goza de reconocimiento y aceptación legal a nivel mundial. Sin embargo, el alcance de su jurisdicción está limitado, dado que sólo 72 de 193 Estados la reconocen plenamente, mediante declaraciones unilaterales, y en sus setenta y cinco años de existencia, la CIJ ha decidido sólo unos 120 casos. Además, la CIJ carece de flexibilidad en sus procedimientos, característica que es inherente a los nuevos regímenes especializados. De acuerdo con el nuevo artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los procedimientos ante la CIJ están abiertos sólo para Estados, mientras que los procedimientos ante regímenes especializados también incluyen zonas aduaneras (OMC), individuos (derechos humanos) y grupos de interés (derecho ambiental). Si bien es cierto que se propuso de *lege ferenda* que la CIJ debiera tener las competencias necesarias,⁴⁴ la realidad es que, primero, resulta improbable que la CIJ obtenga estas facultades y, segundo, que tampoco parece claro que de tal manera pueda cambiar la mentalidad de la CIJ hacia una coordinación entre regímenes.

Incluso si consideramos al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como un tipo de disposición constitucional que establece una primacía de las Naciones Unidas sobre otras obligaciones de derecho internacional público, parece impensable que de esta manera se establezca una supremacía coordinativa sobre otros regímenes del derecho internacional.⁴⁵ Como

⁴⁴ Scheinin, Martin, “The ICJ and the Individual”, *International Community Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2007, pp. 123-137, en especial p. 123.

⁴⁵ Koskeniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002, pp. 553-579, en especial

hemos señalado con anterioridad, los *casos Kadi* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que rechazó *de facto* la primacía de resoluciones del Consejo de Seguridad sobre las disposiciones en materia de derechos humanos, son una buena muestra de ello.⁴⁶

Conviene afirmar que un rol de coordinación entre regímenes de diferente temática también podrán desempeñarlos la CVDT y el régimen de tratados internacionales como elemento generalmente aceptado dentro del derecho internacional formal-procesal. Si bien el preámbulo y los artículos 3o. y 4o. de la CVDT sugieren lo contrario —y a pesar de que países importantes como Estados Unidos y Francia todavía no han ratificado la Convención de Viena—, está de cualquier modo aceptado que la CVDT, a grandes rasgos, refleja y codifica el derecho consuetudinario en la materia. ¿Hasta qué medida una norma de la CVDT refleja costumbre? Ello debe determinarse caso por caso.⁴⁷ Sin embargo, la CVDT refleja el derecho consuetudinario de la década de 1960, y teniendo en cuenta que los nuevos elementos de especialización y fragmentación del derecho internacional público, que también se empezaron a desarrollar desde los cincuenta y sesenta, no se reflejan en la Convención de Viena.

En este mismo sentido, el artículo 30 de la CVDT se considera como la codificación del principio general de *lex posterior, lex superior* y *pacta tertiis*. En su parágrafo 3 se enfoca a aquellos casos en los cuales las partes de un primer tratado también son partes de un tratado subsecuente, el cual contradice el primero. En este caso, prevalece el tratado posterior. Sin embargo, esta constelación no es aplicable a la relación entre la OMC y otros regímenes especializados, dado que es prácticamente imposible que todos los miembros de la OMC sean partes de un tratado, posterior a su fundación en 1995.

Consecuentemente, el artículo 30, parágrafo 4, de la CVDT dispone el caso mucho más probable: que no todas las partes de un tratado anterior forman parte de un tratado posterior. En este supuesto, se debe aplicar el

p. 559; Zemanek, Karl, *The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 231 y 232.

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi I), *cit.*, parás. 314 y 326; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi II), *cit.*, pará. 133.

⁴⁷ Aust, Anthony, “Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 10, pp. 709-714, pará. 14.

nuevo tratado entre sus partes, mientras que el tratado viejo sigue vigente entre las demás partes. En resumen, se trata de la codificación del principio *lex posterior derogat legi priori*.

Con base en el artículo 31 de la CVDT, un tratado debe interpretarse de buena fe de acuerdo con su significado habitual y de conformidad con sus disposiciones, así como a su contexto. Es este principio el que explica por qué diversos mecanismos de solución de controversias en regímenes diferentes, ante hechos similares, concluyen en razonamientos jurídicos distintos.⁴⁸ En este sentido, la OMC ha desarrollado su propia práctica específica relacionada al artículo 31 de la CVDT y, dentro del propio régimen de la OMC, el Órgano de Apelaciones se caracteriza por una interpretación flexible.⁴⁹ Todas las excepciones al derecho de la OMC, como la protección del medio ambiente con base en el artículo XX del GATT, requieren, de acuerdo con los criterios del Órgano de Apelaciones, un análisis específico para cada caso.⁵⁰

En este contexto, hasta ahora la OMC ha sido renuente en la aplicación del derecho internacional externo en su propio sistema legal con base en el artículo 31 de la CVDT. Tanto en los *casos de Biotecnología*⁵¹ como en los *casos del atún*,⁵² los paneles y el Órgano de Solución de Controversias exigieron que los tratados externos deberían estar abiertos a todos los miembros de la OMC. Las interpretaciones de la OMC se fundamentan en el artículo 30 de la Convención de Viena, las cuales —en la práctica— son imposibles de cumplir. En consecuencia, la CVDT y sus reglas de interpretación de los tratados no pueden desempeñar una función de coordinación efectiva entre el derecho de la OMC y los regímenes externos.

Finalmente, el artículo 41 de la CVDT ofrece la posibilidad de que dos partes puedan enmendar las disposiciones relevantes de un tratado multilateral, siempre y cuando ello no resulte incompatible con el objetivo y el tratado multilateral en su conjunto. Sin embargo, el objetivo principal de la

⁴⁸ Van Damme, Isabelle, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 216 y 221.

⁵⁰ World Trade Organization, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, adopted 20.11.1996, WT/DS2/AB/R, pará. 18.

⁵¹ World Trade Organization, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Panel Report, adopted 21.11.2006, WT/DS291/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1 / WT/DS292/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1 / WT/DS293/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1, 847.

⁵² World Trade Organization, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, *cit.*

OMC es la liberalización amplia, integral y universal, y por lo tanto igualitaria, del comercio mundial.⁵³ Además, la propia OMC estipula reglas que permiten a sus miembros la profundización de su integración económica mediante acuerdos plurilaterales o, en su caso, comerciales regionales. También, desde este punto de vista, la aplicación del artículo 41 de la CVDT es impensable.

De todo lo anterior, podemos aseverar que la CVDT no contiene los elementos necesarios para resolver conflictos entre regímenes especializados. En sus reglas de interpretación y resolución de conflictos se limita demasiado a secuencias cronológicas, es decir, al principio de *lex posterior*. Con una plena aplicación de la CVDT, no sólo se tendría que tomar en cuenta la cronología de diferentes obligaciones multilaterales por parte de los Estados, sino también sus respectivas reservas en el sentido del artículo 18 de la CVDT. El resultado sería un auténtico mosaico heterogéneo,⁵⁴ el cual pondría en peligro el desarrollo universal y homogéneo de la OMC y los demás regímenes especializados, lo cual seguramente no representó la intención de los fundadores de tales regímenes.

De ello podemos deducir que las reglas de interpretación de los artículos 30 y 31 de la CVDT todavía consideran al derecho internacional público como un sistema homogéneo y lineal, cuya función se limita a la coordinación entre Estados, sin tener en cuenta la especialización del derecho internacional mediante regímenes especializados.

2. ¿Coordinación a base de elementos procesales nacionales?

Resulta interesante señalar que la coordinación que no proporciona la CVDT también pudiera tener su fundamento en el derecho internacional no contractual, ya sea a través de la costumbre, o bien mediante los principios generales de derecho. Si bien la CVDT no contempla norma alguna que se refiera de manera específica a la especialización, el principio de *lex*

⁵³ El acuerdo que establece la OMC define sus objetivos de la siguiente manera: “desarrollar un sistema de comercio multilateral integrado, más viable y duradero”, así como “preservar los principios básicos y promover los objetivos subyacentes a este sistema comercial multilateral”. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, 1867 UNTS 154.

⁵⁴ Böckenförde, Markus, *op. cit.*, p. 985.

specialis goza de una amplia aceptación, tanto en la práctica como en la jurisprudencia del derecho internacional. Ya antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena, el juez Hsu sustentó en su opinión disidente en el caso *Ambatielos* de la CIJ que una norma específica debe prevalecer sobre una norma general.⁵⁵ En el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, la misma CIJ determinó que un tratado celebrado entre Hungría y Checoslovaquia en 1977 constituía *lex specialis* frente a las normas generales de responsabilidad del Estado.⁵⁶ En términos similares, la CIJ se expresó en el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos*.⁵⁷ En su decisión de *INA Corporation vs. Iran*, el tribunal de reclamos entre Estados Unidos calificó un tratado de amistad *lex specialis* sobre las normas generales de compensaciones entre Estados.⁵⁸

Sin embargo, la relación específica entre las clásicas reglas de *lex posterior* —tal como la contempla el artículo 30 de la CVDT— y *lex specialis*, hasta la fecha, no ha tenido un papel trascendental en decisiones de derecho internacional y, consecuentemente, no existe jurisprudencia de los diferentes organismos de solución de controversias entre el artículo 30 de la CVDT y el principio de *lex specialis*. Al final, los límites del artículo 30 de la CVDT dependen del alcance de estos principios dentro del derecho internacional público general.⁵⁹ Si bien la CVDT por sí sola no puede ofrecer una solución satisfactoria para la relación de conflictos entre regímenes, la gran mayoría de los internacionalistas está de acuerdo en que tal solución debe basarse en el derecho internacional general.⁶⁰ Ello resulta por demás lógico, en el sentido de considerar que una separación estricta entre regímenes sería artificial y, por tanto, no reflejaría la realidad de cooperación entre Estados. Más bien,

⁵⁵ Corte Internacional de Justicia, *Ambatielos Case Jurisdiction (Greece vs. United Kingdom)*, ICJ Reports, 1952, 28 (44).

⁵⁶ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, Judgment of 25.9.1997, ICJ Reports, 1997, pp. 7 y 76, pará. 132.

⁵⁷ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, Judgment of 27.6.1986, ICJ Reports, 1986, p. 14, pará. 274.

⁵⁸ Iran-US Claims Tribunal, *INA Corporation vs. Iran*, 12 de agosto de 1985, parás. 23 y 24, disponible en: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ina-corporation-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-award-award-no-184-161-1-tuesday-13th-august-1985#decision_4872 (fecha de consulta: 14 de abril de 2020).

⁵⁹ Orakhelashvili, Alexander, “Article 30 Convention of 1969”, en Corten, Olivier y Klein, Pierre (comps.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 764-803, pará. 22.

⁶⁰ Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, *op. cit.*, p. 502.

hemos de asumir que los Estados quieren desarrollar varios temas de manera paralela, por lo que se requiere un marco común para su coordinación.⁶¹

Así pues, los regímenes modernos de derecho internacional generalmente están diseñados como acuerdos marco, donde su contenido sustantivo puede ser cambiado o reformado sin procedimientos formales, o, en el mejor de los casos, con procedimientos simplificados.⁶² Ejemplos de ellos son el Acuerdo de la OMC,⁶³ en cuyo marco se desarrollan las diferentes áreas de la liberalización del comercio; el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre el cambio climático,⁶⁴ así como los instrumentos de protección regional y universal de los derechos humanos, que evolucionan a través de varios protocolos. En tal contexto, las reglas temporales del artículo 30 (3) y (4) de la CVDT no resultan adecuadas para regular efectivamente la coexistencia pacífica entre regímenes especializados que se desarrollan en paralelo.

Es bien sabido que las normas de conflicto son una parte integral de los ordenamientos legales nacionales, las cuales en países que se basan en derecho civil se rigen a través de los principios *res iudicata* y *lis pendens*. Básicamente, la idea es que una controversia ya decidida (*res iudicata*), o pendiente para una decisión (*lis pendens*), no puede ser presentada de nueva cuenta en otro foro adicional. Éstos constituyen principios de derecho civil, cuyo objetivo es garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica, buscando evitar litigios paralelos.

Se ha aceptado generalmente que el principio de *res iudicata* forma parte del derecho internacional público como principios generales de derecho nacional, y al respecto también existen numerosos ejemplos en la práctica judicial internacional. Podemos citar algunos de ellos respecto a la CIJ: el caso del laudo arbitral entre Honduras y Nicaragua,⁶⁵ o el caso de Límite Territorial y Marítimo entre Camerún y Nigeria.⁶⁶ También existen otros ejemplos en

⁶¹ Pauwelyn, Joost, "Bridging Fragmentation...", *op. cit.*, pp. 903 y 904.

⁶² Pauwelyn, Joost, "The Role of Public...", *op. cit.*, p. 545.

⁶³ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, 1867 UNTS 154.

⁶⁴ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 9 de mayo de 1992, 1771 UNTS 107.

⁶⁵ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras vs. Nicaragua)*, ICJ Reports, 1960, p. 192.

⁶⁶ Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon vs. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 2002, p. 303.

foros de resolución de disputas judiciales.⁶⁷ Sin embargo, y de acuerdo con Pauwelyn y Salles, la OMC es muy renuente para aplicar el principio de *res iudicata*.⁶⁸ Esto resulta un tanto incomprensible, ya que su uso está sujeto a los criterios estrictos de coincidencia de partes, objeto y causa de acción.⁶⁹

Conviene subrayar que ambos principios de *res iudicata* y *lis pendens* se encuentran reflejados en los tratados del régimen de protección de derechos humanos. Casi todos los órganos de derechos humanos niegan su jurisdicción si una queja de un individuo ya fue resuelta (*res iudicata*) o está pendiente (*lis pendens*) en otro organismo internacional de derechos humanos.⁷⁰

En claro contraste al principio de *res iudicata*, no existe jurisprudencia en derecho internacional sobre el principio de *lis pendens*. Consecuentemente, en la correspondiente doctrina existen voces de diverso tipo (de apoyo,⁷¹ indecisas⁷² y negativas)⁷³ con respecto a la idea de considerar a *lis pendens* como parte del derecho internacional público. En la opinión de Cuniberti —en la que niega tal postura— se basa, particularmente, en el argumento de que el principio de *lis pendens* constituye un principio propio del derecho civil, el cual no resulta aplicable en partes importantes del mundo y, por lo tanto,

⁶⁷ Reinisch, August, “The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 37-77, en especial pp. 44-48.

⁶⁸ Pauwelyn, Joost y Salles, Luiz Eduardo, “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, pp. 77-118, en especial pp. 102 y 103.

⁶⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (*Germany vs. Poland*), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 13 (Dec. 16), Dissenting opinion of judge Anzilotti; Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 22 y 23; World Trade Organization, *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, Report of the Panel, adopted 21.12.2001, WT/DS146/R, WT/DS175/R, par. 7.65.

⁷⁰ Véase el artículo 35, parágrafo 2, letra b, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 3 de septiembre de 1953, 213 UNTS 222, o el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123.

⁷¹ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 48.

⁷² Shany, Yuval, “The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, núm. 4, 2004, pp. 815-827.

⁷³ Cuniberti, Gilles, “Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, 2006, pp. 381-429, en especial pp. 419 y 420.

no puede ser un principio general de derecho en el ámbito internacional público. Sin embargo, su argumento más relevante es que ambos principios —*res iudicata* y *lis pendens*— pueden aplicarse para tribunales igualmente competentes desde el punto de vista sustantivo, aun cuando se encuentren en lugares separados.⁷⁴ No obstante, ello no es el caso entre regímenes especializados, los cuales precisamente se distinguen por diferencias y distintos puntos de vista en el derecho material.

Por su parte, otros sistemas jurídicos se enfrentan a dicha problemática con instrumentos jurídicos muy diferentes y, por ende, no pueden constituir un principio general de derecho.⁷⁵ Pero si su fundamento se encuentra en los principios generales de derecho, o bien en una práctica reiterada de los sujetos de derecho internacional —probablemente emergente como derecho consuetudinario—, tiene más importancia teórica que relevancia práctica. Al final, se tratará de principios legales de derechos nacionales procesales que podrían establecerse como costumbre internacional. Es inherente a los sistemas de derecho civil que, con base en los principios de *res iudicata* y *lis pendens*, el primer tribunal materialmente competente debe tener jurisdicción. De esta manera se evitan litigios dobles. Finalmente, se trata de una especie de batalla en dónde se constituye primeramente jurisdicción.⁷⁶

3. Common law

En contraste, el *common law* parece ser más adecuado a las características de derecho internacional público. El derecho internacional moderno y especializado permite —al igual que el *common law*—, en principio, litigios paralelos y, de la misma manera, se basa en partes muy importantes de su desarrollo e interpretación en su jurisprudencia.

Es cierto que el *common law*, como principio general de derecho, tiene menos aceptación que el derecho civil. No obstante, aquél es el sistema legal único en un total de 23 países, incluyendo a Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Además, también existen sistemas mix-

⁷⁴ *Ibidem*, p. 383.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Brand, Ronald A., “Forum Non Conveniens”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 4, pp. 198-203, en especial p. 202.

tos, por lo que el *common law* se aplica, al menos parcialmente, en un tercio de los Estados del ordenamiento jurídico nacional.⁷⁷

A pesar de ello, es cuestionable si el *common law* pueda tener su fundamento exclusivamente a base de principios generales de derecho. Sin embargo, las figuras de *equity*⁷⁸ y *estoppel*⁷⁹ son ejemplos de figuras generalmente aceptadas en derecho internacional público, que tienen sus orígenes en el *common law*. En última instancia, la validez del *common law* para la coordinación en derecho internacional debe buscarse en el emergente derecho consuetudinario hacia una interpretación armoniosa entre regímenes especializados, en conjunto con los principios nacionales de derecho.

Sistemas de derecho civil, mediante los principios de *res iudicata* y *lis pendens*, intentan establecer jurisdicción en el primer tribunal y evitar una litigación paralela. Se trata de una carrera hacia dónde se puede establecer primero jurisdicción.⁸⁰ En contraste, en el *common law*, el factor determinante no es el primer establecimiento de jurisdicción, sino más bien en qué foro se emite primero una decisión.⁸¹ Se trata de una “carrera” hacia dónde se obtiene una sentencia. Un elemento procesal de carácter esencial del *common law* es el *forum non conveniens*,⁸² el cual permite a jueces rechazar un caso y referirlo a otro foro. Ello otorga a los tribunales —como es inminente en el *common law*— un mayor margen de discrecionalidad, en caso de que existiera otro para la resolución del caso.

El *forum non conveniens* es parte de todos los sistemas del *common law*, pero su aplicación e interpretación muestran diferencias en las distintas jurisdic-

⁷⁷ 63 de 193 miembros de las Naciones Unidas contemplan, al menos parcialmente, elementos del *common law*. Disponible en: <http://www.juriglobe.ca/eng/syst-onu/rep-sys-juridique.php#syst2> (fecha de consulta: 29 de agosto de 2020). También es importante mencionar que tanto en Estados Unidos como en Canadá existen excepciones locales (Luisiana y Quebec, respectivamente) que contienen sistema de derecho civil.

⁷⁸ Francioni, Francesco, “Equity in International Law”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 3, pp. 632-642.

⁷⁹ Cottier, Thomas y Müller, Jörg Paul, “Estoppel”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 3, pp. 671-677.

⁸⁰ Brand, Ronald A., *op. cit.*, p. 202.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 198. Una formulación similar se encontraba hasta su reforma en el artículo 9o., parágrafo 3, de la Ley de Jurisdicción Suiza (*Schweizer Gerichtsstandgesetz*).

ciones. Las interpretaciones estadounidenses e inglesas más extensas del *forum non conveniens* tienen por objeto remitir el proceso al foro que parece ser el más adecuado para la resolución del caso. Se utiliza una ponderación de criterios públicos y privados, lo que significa que el caso puede tratarse mejor en interés de todas las partes y en interés de la justicia.⁸³ En el *caso Spiliada*, un tribunal inglés definió los elementos más importantes para poder utilizar el *forum non conveniens*. Estos criterios fueron acatados por la mayoría de los países del *common law*. De acuerdo con ello, no sólo se debe demostrar que Inglaterra es un foro inadecuado para decidir el caso, sino que claramente existe un foro más apropiado. La carga de la prueba recae en el demandante; pero si el tribunal estima que *prima facie* existe tal foro, tal carga probatoria se traslada hacia el oponente.⁸⁴

Por consiguiente, la idea del *common law* es que los casos sean decididos por el tribunal materialmente más cercano, mientras que los sistemas de derecho civil ponen más relieve en la previsibilidad y efectividad del proceso. Mientras que los principios de *res iudicata* y *lis pendens* se enfocan principalmente a criterios temporales, el *forum non conveniens* se concentra en el foro más especializado. Es esta discrecionalidad de jueces ante la especialidad de posibles foros, la cual parece ser más apropiada para la coordinación de un derecho internacional público moderno. El juez Antonin Scalia, en su opinión mayoritaria en el *caso American Dredging Co. vs. Miller* de la Suprema Corte de Estados Unidos, señaló claramente que la doctrina de *forum non conveniens* busca evitar la posibilidad de *forum shopping*.⁸⁵

Aún no queda del todo claro cómo la coordinación entre regímenes hegemónicos y jerárquicamente iguales se debe definir en la práctica cotidiana. Los principios nacionales, cuya tarea es evitar conflictos entre diferentes sistemas jurídicos a nivel doméstico y transnacional, pudieran constituirse como base. Dadas las características específicas del derecho internacional público, la figura de *forum non conveniens* del *common law* pareciera la más apropiada, y no sus correspondientes figuras de sistemas civiles.

Hasta la fecha, en el derecho internacional no existe jurisprudencia específica sobre el *forum non conveniens*. El ejemplo más concreto en el derecho

⁸³ *Ibidem*, p. 200.

⁸⁴ House of Lords (Reino Unido), *Spiliada Maritime Corp vs. Cansulex Ltd.* [1986], UKHL 10, 19 de noviembre de 1986.

⁸⁵ Suprema Corte de Estados Unidos, *American Dredging Co. vs. Miller*, 510 U.S. 443 (1994), 23 de febrero de 1994.

internacional público corresponde al *caso MOX-Plant*, que implicó una serie de quejas y demandas por parte de Irlanda en contra de una planta nuclear británica en el mar irlandés, cerca de Sellafield. El gobierno irlandés adjudicó el caso a tres órganos de solución de controversias diferentes: primero, con base en el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nororiental (OSPAR); segundo, con fundamento en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar), y tercero, en el Tribunal de Justicia por violación del derecho de la Unión Europea. El caso es notablemente llamativo por la decisión procesal del Tribunal establecido con fundamento en el anexo VII de la Convemar. Si bien este Tribunal ha permitido medidas preliminares, también ha suspendido sus propios procedimientos en espera de tener más clara la situación respecto al derecho de la Unión Europea.⁸⁶ Esto es, se retiró voluntariamente porque, en su opinión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encontraba más cercano al derecho sustantivo y material. Finalmente, el caso fue resuelto por éste.

A todo ello, resulta importante destacar que el procedimiento del Tribunal del anexo VII es similar, por lo tanto, a la figura nacional del *forum non conveniens*; incluso, sus criterios nacionales del *common law* no resultan directamente aplicables a la lógica y las realidades del derecho internacional. Esta interpretación es, de igual modo, consistente con la figura de derecho material de *lex specialis*, y parece ser adecuada para regímenes especializados. En ambos casos prevalecen reglas especializadas sobre la aplicación de criterios con una estricta secuencia temporal. Sin embargo, el diseño exacto de estas reglas —requiere, en principio, la aceptación de todos los regímenes especializados— debe definirse por la práctica emergente en el derecho internacional y sus correspondientes contribuciones científicas.

Sin embargo, y dado que el derecho internacional público reconoce los principios básicos del derecho civil, esto también puede aplicarse a sus correspondientes principios del *common law*.

Todos estos principios de derecho civil tienen como objetivo realizar una función de coordinación y equilibrio entre diferentes foros y sistemas legales. En este sentido, las preguntas que corresponden realizarse serían las siguientes: en qué medida estos principios pueden integrarse en las realidades del derecho internacional, y en qué medida los Estados y órganos de reso-

⁸⁶ Churchill, Robin R., “MOX Plant Arbitration and Cases”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 7, pp. 403-410.

lución internacional de controversias internacionales especializados aplican, adaptan y desarrollan dichos principios en la práctica.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como sabemos, el derecho internacional contemporáneo se caracteriza por su especialización. Sus regímenes, como el derecho comercial internacional, la protección internacional de derechos humanos o el derecho ambiental internacional, son sólo los ejemplos más conocidos de su fragmentación. Muchos de estos regímenes establecen sus propios órganos de solución de controversias, los cuales se caracterizan por su reclamo de hegemonía.

Cabe mencionar que, hasta la fecha, en materia de derechos humanos no ha existido mayor acercamiento hacia el derecho de la OMC u otros regímenes; pero debido a su característica, resulta indudable que prevalecería su propio sistema. En suma, y hasta ahora, los organismos externos de solución de controversias, sin tener obligación expresa, han hecho referencia a la OMC en aproximadamente 150 ocasiones. La principal razón de ello es la práctica de garantizar una interpretación armoniosa del derecho internacional. El mismo principio se puede observar en casos del derecho ambiental internacional, a pesar de que sus referencias hacia otros regímenes se limitan a opiniones de carácter concurrente o disidente.

Todo lo antes señalado supone una necesaria coordinación entre regímenes, la cual sólo puede proporcionar el derecho internacional público general. No obstante, ni las Naciones Unidas ni la CIJ y tampoco la CVDT cuentan con la calidad y las características para proporcionar dicha coordinación. Es imposible establecer jurisdicción ante la CIJ con la participación de áreas comerciales o incluso individuos, tal y como lo hacen los regímenes del derecho internacional moderno. Adicionalmente, ésta carece de una aceptación universal, ya que sólo una tercera parte de los Estados reconoce plenamente su jurisdicción. Aunque la CVDT es considerada —por lo menos parcialmente— una constitución de materia procesal del derecho internacional, sus disposiciones carecen de elementos suficientes que pudieran resolver conflictos entre regímenes especializados. Hemos de recordar que la CVDT fue negociada antes del advenimiento de regímenes especializados en el derecho internacional y, en consecuencia, se enfoca a criterios temporales, y no ya a resolver conflictos de especialidad.

Hay que hacer notar que una posible coordinación entre regímenes especializados se pudiera lograr a través del principio de una interpretación armoniosa del derecho internacional. Este principio parece ser reconocido en todos los regímenes especializados y podría consolidarse como derecho consuetudinario. De la misma manera, se pudiera fundamentar una base legal en los derechos procesales nacionales que, como principios generales de derecho, resultarían igualmente aplicables en derecho internacional público. Sin embargo, el *common law* pareciera más adecuado que los correspondientes principios del derecho civil, los cuales, al igual que en la CVDT, se enfocan a criterios temporales. El *forum conveniens* —figura clave en el *common law*— parece ser un elemento adecuado para brindar coordinación en regímenes especializados.

El caso *MOX-Plant* entre Irlanda y Gran Bretaña muestra, en la práctica, cómo podría desarrollarse una coordinación entre diferentes regímenes. En ello, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar renunció a la aplicación de su jurisdicción, dado que consideró igualmente competente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estimándolo más cercano al derecho sustantivo. Por último, podemos concluir que se trata de la aplicación de un principio semejante al *forum non conveniens*. Sin embargo, en la medida en que este principio sea aplicado en la solución de controversias de regímenes especializados y, por tanto, pueda brindar un papel de coordinación, ha de mostrar su futura práctica en el derecho internacional, así como su correspondiente discusión científica doctrinal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AUST, Anthony, “Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 10.
- BÖCKENFÖRDE, Markus, “Zwischen Sein und Wollen – Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens”, *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003.
- BRADFORD, Anu, “Regime Theory”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 8.

- BRAND, Ronald A., “Forum Non Conveniens”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 4.
- CHURCHILL, Robin R., “MOX Plant Arbitration and Cases”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 7.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, *Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.
- COTTIER, Thomas y MÜLLER, Jörg Paul, “Estoppel”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 3.
- CUNIBERTI, Gilles, “Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, 2006.
- FASSBENDER, Bardo, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998.
- FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.
- FRANCIONI, Francesco, “Equity in International Law”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 3.
- GANTZ, David A., “Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties”, *American University International Law Review*, vol. 14, 1998.
- HAFNER, Gerhard, “Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.
- HARRISON, James, *The Human Rights Impact of the World Trade Organisation*, Portland, 2007.
- JOSEPH, Sarah, *Blame it on the WTO?: A Human Rights Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti y LEINO, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3, 2002.

- KUO, Ming-Sung, “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, *San Diego International Law Journal*, vol. 10, 2008.
- LIXINSKI, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3, 2010.
- MARCEAU, Gabrielle *et al.*, “The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation”, *Journal of World Trade*, vol. 47, núm. 3, 2013.
- ORAKHELASHIVILI, Alexander, “Article 30 Convention of 1969”, en CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (comps.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PAUWELYN, Joost, “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003.
- PAUWELYN, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *The American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, 2001.
- PAUWELYN, Joost y SALLES, Luiz Eduardo, “Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions”, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1997.
- POSNER, Eric A., “The Decline of the International Court of Justice”, *Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 233*, 2004.
- REINISCH, August, “The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, núm. 1, 2004.
- SCHEININ, Martin, “The ICJ and the Individual”, *International Community Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2007.
- SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- SHANY, Yuval, “The First MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, núm. 4, 2004.

- SIMMA, Bruno y PULKOWSKI, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006.
- VAN DAMME, Isabelle, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- VRANES, Erich, “*Lex superior, lex specialis, lex posterior* – Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln»”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005.
- ZEMANEK, Karl, *The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1997.

The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights

*La interacción entre los enfoques convergentes
y divergentes del derecho global en el ámbito
de las empresas y los derechos humanos*

*L'interaction entre les approches convergentes
et divergentes du droit mondial dans le domaine
des entreprises et droits de l'homme*

Alejandro Sánchez González*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Conceptual Framework*. III. *Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights*. IV. *The Compatibility and Interaction between Divergent and Convergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights*. V. *Conclusions*. VI. *Bibliography*.

* Universidad de Monterrey, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1712-0001>, alejandrosanchez@herediasanchez.mx.

Artículo recibido el 1o. de octubre de 2019
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 35-59
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Las nociones convergentes buscan contrarrestar la diferencia tratando al derecho global como un acuerdo colectivo implementado por arreglos jerárquicos. Por el contrario, las concepciones divergentes buscan gestionar la diferencia a través de la coordinación de distintos órdenes normativos. Existe un amplio debate sobre las discrepancias entre estos enfoques, pero poco se ha dicho sobre sus afinidades. Así, el propósito de este texto es analizar ambas visiones, utilizando el campo de las empresas y los derechos humanos como caso de estudio. Al hacerlo, demostraremos que las nociones convergentes y divergentes son compatibles y capaces de interactuar en beneficio recíproco, estableciendo relaciones de aprendizaje, manteniendo sus propias condiciones de existencia y colaborando en conjunto para el logro de objetivos comunes.

Palabras clave: derecho global, enfoque convergente, enfoque divergente, empresas y derechos humanos.

ABSTRACT: Convergent notions seek to counter difference by treating global law as a collective agreement implemented by hierarchical arrangements. By contrast, the divergent conceptions seek to manage difference through the coordination of distinct normative orders. There is an ample debate around the discrepancies between these two approaches, but little has been said about their affinities. Thus, the purpose of this text is to analyze both visions, utilizing the field of business and human rights as a case study. By doing so, we will prove that convergent and divergent notions are compatible and capable to interact for reciprocal benefit, by establishing learning relationships, by maintaining the conditions of existence of one another, and by collaborating as a whole to achieve common objectives.

Key words: global law, convergent approach, divergent approach, business and human rights.

RÉSUMÉ: Les notions convergentes cherchent à contrer la différence en traitant le droit mondial comme une convention collective mise en œuvre par des accords hiérarchiques. Au contraire, les conceptions divergentes cherchent à gérer la différence par la coordination d'ordres normatifs distincts. Il existe un vaste débat autour des divergences entre ces deux approches, mais peu a été dit sur leurs affinités. Donc, le but de ce texte est d'analyser les deux visions, en utilisant le domaine des entreprises et des droits de l'homme comme étude de cas. Ce faisant, nous prouverons que les notions convergentes et divergentes sont compatibles et capables d'interagir pour un bénéfice réciproque, en établissant des relations d'apprentissage, en maintenant les conditions d'existence les unes des autres et en collaborant dans leur ensemble pour atteindre des objectifs communs.

Mots-clés: droit mondial, approche convergente, approche divergente, entreprises et droits de l'homme.

I. INTRODUCTION

In his book, *Intimations of Global Law*, Neil Walker¹ highlights the distinction between two conceptions of global law: legal convergence and legal divergence.² Regarding the first one, this author affirms that convergent notions seek to counter or overcome difference by treating global law as the object of a collective agreement, which involves a vertical arrangement of authoritative global rule-making or rule-application.³ As well, concerning the second approach, Neil Walker asserts that divergence-accommodating conceptions seek to manage difference by employing global law as a means of tracking, harnessing and confining diversity, which involves a horizontal framework of co-ordination of different regimes or normative orders.⁴

There has been an ample debate around the differences between convergent and divergent approaches of global law, but little has been said about their coincidences and the way they can interact to address the increasing complexity of the post-national legal landscape. Consequently, the purpose of this piece is to analyze these two conceptions of global law through a theoretical-correlational method, and utilizing the field of business and human rights as a case study. After doing so, we will arrive to the conclusion that convergent and divergent approaches are not only compatible, but they are also capable to interact for reciprocal benefit, by establishing learning relationships, by creating and maintaining the conditions of existence of one another, and by collaborating as a whole to achieve common objectives.

To support this conclusion, in chapter II, we will study the concepts of global law, legal convergence and legal divergence. In chapter III, we will review the different regulatory initiatives that have been proposed in the field of business and human rights and we will point out their convergent or divergent features. Finally, in chapter IV, we will demonstrate the compatibility of these two approaches and identify how they have been interacting through reciprocal reinforcing relations.

¹ Scottish lawyer and professor at the School of Law of the University of Edinburgh.

² Walker, Neil, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 55.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

II. CONCEPTUAL FRAMEWORK

What do we mean when we talk about global law? Several definitions can be proposed, depending on which specific characteristic of this concept one wants to emphasize. However, broadly speaking, we can say that global law refers to a general endorsement or commitment to some rules and standards at the planetary level.⁵ In this sense, there is no territorial limit to the jurisdiction of global law, as it rests on a flexible notion of state sovereignty, in which the boundaries between the national and the international are porous and blurred.

But is it possible to obtain universal consensus on a particular matter? Is it feasible that all countries in the world agree on and abide by concrete norms, despite their political, economic, and cultural differences? If this is so, which is the best way to achieve this level of compromise? And more important, which is the most effective alternative to ensure compliance with those obligations once they are created?

The answers to these questions are still under debate. In general terms, and with varying nuances, the spectrum of this discussion has transited between two different conceptions of global law: legal convergence and legal divergence.⁶ In the following sections, we will identify the principal characteristics of each of these visions.

1. *Convergent Approach of Global Law*

From a convergent standpoint, global law is conceived as the result of a collective agreement. Therefore, it is based on the voluntary commitments of the states, which are captured in international treaties and conventions.⁷

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*. With some modulation, these notions also encompass the distinction between integrated and fragmented international law, as Martti Koskenniemi and the Study Group of the International Law Commission discern in: United Nations, General Assembly, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

As well, this notion tends to conceive global law as an integrated, all-encompassing and systematized set of rules, which pulls towards a common normative direction.⁸ Thus, global law is mostly composed of hard law, that is, legally binding obligations with their correspondent enforceable rights and duties.⁹ In this sense, a convergent approach involves the conformation of vertical and hierarchical structures, to produce and enforce global law, as it operates in a pyramidal, top-down fashion.¹⁰

One example of a convergent approach of global law can be found in the traditional UN system. This supranational organization is composed exclusively by states, whose agreements produce rules and standards, mainly, through binding treaties that become the higher law.¹¹ As well, the core institutions of the UN, namely, the General Assembly, the Security Council, the Human Rights Council, and the several monitoring treaty-bodies, operate with a highly normative authority upon the states.¹² This is why the UN system can be considered as a prototype of global law, and as a reference to be replicated in the different fields of international law.

However, the UN system is not exempt from limitations. One of the most important, is that its membership is limited to states alone, leaving aside international organizations and transnational corporations, among other relevant actors.¹³ As well, as it is based on voluntary commitments, if one state is not a member of the UN, or if a member does not ratify a particular treaty, there is not much that can be done to regulate its behavior.¹⁴ Moreover, and despite their vertical structure, the monitoring committees have not achieved widespread compliance with the obligations established in the UN treaties and conventions.¹⁵

Furthermore, as Gráinne de Búrca, Robert Keohane and Charles Sabel assert, the convergent vision of global law is a very stiff model of governan-

⁸ *Ibidem*, p. 59.

⁹ Choudhury, Barnali, “Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 67, no. 4, 2018, p. 963.

¹⁰ Walker, Neil, *op. cit.*, p. 55.

¹¹ *Ibidem*, p. 62.

¹² *Ibidem*, p. 60.

¹³ Ruggie, John Gerard, “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”, *Global Governance*, Boston, vol. 20, 2014, p. 8.

¹⁴ Walker, Neil, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ Ruggie, John Gerard, “Global Governance...”, *op. cit.*, p. 8.

ce.¹⁶ Consequently, it cannot be easily adapted to new circumstances, since the generation and modification of the law depend on the consensus of the countries, which is difficult to achieve.¹⁷ Therefore, it can rapidly become obsolete and increase the gaps between regulation and the issues that it intends to solve.¹⁸

Likewise, these scholars argue that the creation of convergent modes of governance is becoming increasingly difficult.¹⁹ In the past, general consensus on a particular matter was almost imposed by western powers to weaker states.²⁰ However, today we are experiencing a shift in the global power dynamics, marked by the rising of new strong countries, such as China, India, Brazil, Russia and South Africa, which support other developing countries. Consequently, nowadays it is not simple to achieve universal agreement in the international arena, especially on contested topics.²¹

For these reasons, as a response to the rigid, state-centered, hierarchical and binding approach, divergent notions of global law have been developed. Let us analyze the main characteristics of these visions.

2. *Divergent Approach of Global Law*

Traditionally, domestic legal systems are based on a constitution, which represents the exclusive source and the primordial validity criterion of any other law. Consequently, when people think about global law, they tend to imagine a top-down structure, similar to national constitutionalism and to the convergent approach that we have just analyzed.²² Nevertheless, if one reviews the existing international regulations, the framework that appears is quite diverse.²³

¹⁶ Búrca, Gráinne de *et al.*, “New Modes of Pluralist Global Governance”, *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, vol. 45, no. 1, 2013, p. 729.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 735.

¹⁹ *Ibidem*, p. 736.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² Krisch, Nico, “Pluralism in Postnational Risk Regulation: The Dispute over GMOs and Trade”, *Transnational Legal Theory*, London, vol. 1, 2010, p. 1.

²³ *Idem.*

In a globalized world, it is inevitable for states and non-state actors to face different obligations, which are originated by several treaties and other sources of international law.²⁴ For this reason, nowadays we are immersed in a plural and fragmented order, conformed by many different regimes that tend to regulate specific fields of international law, such as trade, investment, environment, human rights, among others.²⁵ However, oftentimes the scope of one regime overlaps with the regulatory field of another, so they duplicate functions and compete for authority.²⁶ As well, the different international regimes also connect with the domestic and regional regulations that address the same issues.²⁷ Therefore, two types of pluralism can be identified.²⁸ Firstly, a horizontal type, which is marked by the coexistence and competition between different international regimes,²⁹ and secondly, a vertical type, characterized by the interaction of the international, regional and national legal systems.³⁰ Consequently, what we have in reality is not an integrated and organized structure, but rather a regime complex, that is, an array of overlapping and fragmented regimes that govern a particular area, with no overarching rules to clarify, delimit and define their interaction.³¹

In this sense, divergent approaches of global law are not based on the idea of a singular legal order that operates hierarchically, as the convergent visions propose. Conversely, divergent notions of global law are focused on the organization and alignment of the different regimes that coexist in a

²⁴ Klabbers, Jan and Trommer, Silke, “Peaceful Coexistence: Normative Pluralism in International Law”, in Klabbers, Jan and Piiparinen, Touko (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 67.

²⁵ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 9.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, p. 13.

²⁸ Nollkaemper, Andre, “Inside or Out: Two Types of International Legal Pluralism”, in Klabbers, Jan and Piiparinen, Touko (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 94.

²⁹ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

³¹ Bodansky, Daniel, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in Halliday, Terrence and Shaffer, Gregory (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 301.

plural and heterarchical context,³² as well as in the mutually reinforcing relations that can be built between each other.³³

Additionally, unlike convergent visions of global law, divergent approaches are open to engage with non-state actors and to complement hard law regulation with soft law initiatives, that is, with non-binding principles, guidelines and standards that, despite their lack of enforceability, can create social expectations and modify behaviors.³⁴ These alternatives are based on the idea that the primordial condition for the existence of a law is not enforcement, but rather the shared understanding of the expected conducts.³⁵ In this sense, divergent approaches of global law are very flexible and adaptable to change. Therefore, they are especially useful in circumstances where generalized consensus cannot be obtained, or when governments are reluctant to accept binding obligations.³⁶ In such cases, a divergent approach, even in the form of soft law, is preferable to no regulation at all.³⁷

Nevertheless, the effectiveness of divergent notions of global law is contested due to its softness and, consequently, its inability to alter the behavior of the states. What substantive changes can be obtained if compliance with international standards depends on the promises and goodwill of the states and other international actors? How can non-binding responsibilities be stronger than obligations with full normative content? In which way can a horizontal and heterarchical framework be more effective than a vertical and hierarchical structure? In the following sections of this essay, we will address these questions, using the field of business and human rights as a case study. Our objective is to move beyond the convergent-divergent debate, as if they were mutually excluding approaches, and demonstrate not only that they can coexist, but also how they interact and the positive results that can be obtained through such interaction.

³² Búrca, Gráinne de *et al.*, “New Modes of Pluralist...”, *op. cit.*, p. 730. And this is perhaps the specific difference between divergent notions (as a genre) and fragmentation (as one of its species). While fragmentation relates, mainly, to the emergence of different specialized and autonomous systems, divergence seeks the coordination of such systems.

³³ Rodríguez Garavito, César, “The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis”, *SUR International Journal on Human Rights*, São Paulo, vol. 11, no. 20, 2014, p. 500.

³⁴ Choudhury, Barnali, *op. cit.*, p. 963.

³⁵ Brunnée, Jutta and Toope, Stephen, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 335.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Ibidem*, p. 964.

III. CONVERGENT AND DIVERGENT APPROACHES OF GLOBAL LAW IN THE FIELD OF BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

Traditionally, human rights are conceived as barriers to the exercise of public power, only opposable against the state.³⁸ However, this notion has changed, since other actors, such as private corporations, have recently acquired significant power, which represents a threat to fundamental freedoms.³⁹ Consequently, there have been several attempts to regulate the behavior of business enterprises in regards to human rights, and minimize the adverse impacts that the commercial activities can have on workers, communities and the environment.⁴⁰

Since the 1970s, the UN has tried to create regulation to address this issue.⁴¹ As well, other international organizations, such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the International Labor Organization (ILO) have put into effect guidelines and principles on this same subject matter.⁴² These initiatives have been complemented by the UN program of the Global Compact,⁴³ and with the failed proposal of the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights (the Norms).⁴⁴

³⁸ Weissbrodt, David and Kruger, Muria, "Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors", in Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 315.

³⁹ Alston, Philip, "The Not-A-Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", in Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 3.

⁴⁰ Weissbrodt, David and Kruger, Muria, *op. cit.*, p. 318.

⁴¹ Such as the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, adopted by resolution of the UN Economic and Social Council in 1974.

⁴² Namely, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises, which was complemented in 1998 with the Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work.

⁴³ A voluntary initiative to encourage companies to embrace ten principles concerning environmental protection, anti-corruption strategies and international human rights. For more information, see United Nations, "Global Compact", 2020, available at: <https://www.unglobalcompact.org/>.

⁴⁴ A mandatory standard applicable to all corporations, that did not obtain the endorsement from the UN Commission on Human Rights.

The case of the Norms is of particular salience, since they were drafted in a very convergent fashion, with the intent of imposing multiple binding obligations upon all kinds of corporations, whose compliance would be monitored by different mechanisms.⁴⁵ Nevertheless, by the time they were discussed by the UN Commission on Human Rights (currently the UN Human Rights Council) they were rejected because they were considered unnecessary, overreaching and too binding.⁴⁶

In this sense, the convergent approach of the Norms determined its failure. For this reason, when John Gerard Ruggie was appointed as a special representative of the UN Secretary-General (SRSG), with the mandate of developing a regulatory framework concerning business and human rights, he decided to adopt a divergent approach. By doing so, he achieved the endorsement of the Guiding Principles on Business and Human Rights (GPs) by the UN Human Rights Council.⁴⁷ In the following section, we will briefly analyze the GPs to identify their divergent characteristics.

1. *The Divergent UN Guiding Principles on Business and Human Rights*

Taking into account that the Norms were discarded by the UN, mainly, because of their convergent character, the SRSG developed a divergent initiative, in the form of soft law,⁴⁸ which did not involve the creation of new international obligations.⁴⁹ On the contrary, the GPs were based on existing international and national law, as well as on the implementation of due diligence processes within the corporations.⁵⁰

⁴⁵ Alston, Philip and Goodman, Ryan, *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1468.

⁴⁶ *Idem*. Apart from being binding, it is because of the stiff and vertical scaffolding proposed by the Norms, that they can be characterized within the convergent approach.

⁴⁷ Ruggie, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, Norton and Company, 2013, p. xi.

⁴⁸ Although soft law is a tool widely used within the divergent approach, it only represents one of its possible elements, as divergent notions promote the alignment of different regimes, that can be configured by hard or soft law, as well as public and corporate governance both in the international and national level.

⁴⁹ Ruggie, John Gerard, *Just Business...*, *cit.*, p. xii.

⁵⁰ *Ibidem*, p. xxii.

This structure was proposed by the SRSG because he realized that the behavior of business enterprises was determined by three different systems of regulation: public governance (international and national law), corporate governance (codes of conduct and management processes) and civil governance (social expectations and social mobilization).⁵¹ Therefore, to modify the conduct of corporations it was necessary to align these three systems of regulation towards the same objective: the safeguard of human rights.⁵²

To this effect, the SRSG developed the Protect, Respect and Remedy Framework.⁵³ The verb protect is addressed to the states and is related to public governance, that is, to the compliance with international and national regulations.⁵⁴ Hence, according to the GPs, the states have the obligation to protect human rights against violations from any third party, including corporations.⁵⁵ For its part, the verb respect is directed to corporations, to which the SRSG vested the non-binding responsibility to respect human rights. To this effect, every company should avoid human rights violations by identifying risks and adopting due diligence processes to minimize them.⁵⁶ Finally, the state and the corporations must ensure effective remedy for the victims of human rights violations through legal procedures, mediation mechanisms and private agreements.⁵⁷

In this sense, as César Rodríguez Garavito asserts, the GPs should be understood in two dimensions.⁵⁸ First, the static dimension of the GPs refers to the rules and standards that are expressed in the document.⁵⁹ Second, the dynamic dimension is characterized by new regulatory strategies that can be built upon the GPs, to ensure that corporations will comply with their duties.⁶⁰ Consequently, another divergent feature of the GPs is that they are

⁵¹ *Ibidem*, p. 78.

⁵² *Idem*.

⁵³ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), general principles.

⁵⁴ *Ibidem*, principle 1.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, principle 15.

⁵⁷ *Ibidem*, principle 26.

⁵⁸ Rodríguez Garavito, César, "Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning", in Rodríguez Garavito, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 11.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Idem*.

not a fixed document.⁶¹ On the contrary, they represent an ongoing process that is in constant interrelation with different regulatory systems.⁶²

Consequently, the current regulation of the field of business and human rights is informed by a divergent approach, due to the following reasons:

- First, within a horizontal type of pluralism,⁶³ the UN GPs coexist in a heterarchical way with other international initiatives, such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the ILO Tripartite Declaration and the UN Global Compact.⁶⁴
- Second, there are no overarching rules that determine or delimit the scope of application of each of those initiatives.
- Third, in a vertical type of pluralism,⁶⁵ the GPs are also connected to national legislations, when they emphasize the state's obligation to protect human rights, and to provide state-based remedies to the victims. In this particular point, we can identify a hybrid model, in which the soft law of the GPs is combined and complemented by domestic hard law.
- Fourth, the GPs engage with both state and non-state actors. On the one hand, they involve corporations, when they encourage them to implement human rights due diligence processes (as an expression of their responsibility to respect them), and when they ask them to provide and participate in remedial mechanisms.⁶⁶ On the other hand, although it is minimally, they also include the participation of civil society for the identification of risks, and as a participant in the remedial mechanisms.⁶⁷
- Finally, the structure designed by the GPs satisfies the characteristics of a polycentric or experimentalist governance.⁶⁸ According to Char-

⁶¹ Ruggie, John Gerard, "Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinational Enterprises", in Rodríguez Garavito, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 44.

⁶² *Idem*. As we said, those systems comprise public, corporate and civil governance, at the international and national level.

⁶³ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ Choudhury, Barnali, *op. cit.*, p. 967.

⁶⁵ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁶ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), principles 3 and 25.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Rodríguez Garavito, César, "Business and Human Rights...", *op. cit.*, p. 41.

les Sabel and Jonathan Zeitlin, and experimentalist governance is characterized by (i) the establishment of open-ended goals, (ii) the participation of a wide array of actors in order to achieve such objectives, (iii) a horizontal interrelation between actors and regulatory systems, (iv) and by a constant improvement process.⁶⁹ In this case, the purpose of the GPs is to orient public, corporate and civil governance towards the safeguard of human rights.⁷⁰ As well, the achievement of this goal is entrusted to several actors, such as states, business enterprises and civil society.⁷¹ Moreover, according to the GPs, corporations have the responsibility to communicate progress on the implementation of human rights due diligence processes,⁷² so the public and corporate governance can be constantly reviewed.⁷³

Consequently, the main characteristics of a divergent approach of global law are present in the regulation of business and human rights. This alternative was followed by the SRSR because it was imperative to lay down a regulation in this field, and it was preferable to conceive it in a divergent fashion, as it had to be flexible enough to deal with the challenges posed by globalization, and because, at that moment, a convergent approach, akin to the one of the Norms, would not have obtained the endorsement of the UN.⁷⁴

Nevertheless, the GPs have been strongly criticized because, as Christine Parker and John Howe argue, the safeguard of human rights cannot be conditioned to corporate goodwill.⁷⁵ Therefore, many human rights professionals have insisted on a convergent alternative, such as a binding treaty on business and human rights and the establishment of an international human

⁶⁹ Búrca, Gráinne de, “Experimentalism and the Limits of Uploading: The EU and the UN Disability Convention”, in Zeitlin, Jonathan (ed.), *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 298.

⁷⁰ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), general principles.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Ibidem*, principle 21.

⁷³ *Ibidem*, principle 17 (c).

⁷⁴ Ruggie, John Gerard, “Hierarchy or Ecosystem? Regulating...”, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁵ Parker, Christine and Howe, John, “Ruggie’s Diplomatic Project and its Missing Regulatory Infrastructure”, in Mares, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 273.

rights court.⁷⁶ In the following section, we will study and assess the characteristics of this convergent initiative.

2. *The Convergent Proposal for a Treaty on Business and Human Rights*

In June 2014, following a proposal from Ecuador and South Africa, the UN Human Rights Council approved the creation of an intergovernmental working group with the mandate of elaborating a legally binding treaty to regulate the adverse impact of corporations on human rights.⁷⁷ The supporters of this instrument argued that, due to the centrality of this issue, it was necessary to produce a mandatory initiative with the same normative strength as the ones that exist in the field of trade and investment.⁷⁸ As well, they considered that, without the binding effect and enforceability of the obligations, the protection and respect of human rights would be sporadic and inconsistent, as they would depend on the good intentions of corporations.⁷⁹ Moreover, as David Bilchitz argues, the creation of a binding treaty is necessary to clarify the obligations of corporations, create direct legal actions against them and serve as a reference for the development of domestic legislation.⁸⁰

However, the critics of this initiative highlight the difficulty and unfeasibility of negotiating and adopting a treaty, due to the lack of political will of the states for doing so.⁸¹ In this sense, the considerable amount of time and effort dedicated to the business and human rights treaty might become futile, if it is very unlikely that countries will endorse the final project.⁸²

⁷⁶ See Deva, Surya and Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

⁷⁷ Bilchitz, David, "Introduction: Putting Flesh on the Bone", in Deva, Surya and Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 7.

⁷⁸ Nolan, Justine, "A Business and Human Rights Treaty", in Baumann-Pauly, Dorothée and Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Melbourne, Routledge, 2016, p. 95.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 97.

⁸¹ *Idem*. The expectation that corporations should respect human rights is still recent, so it has not yet obtained the international consensus to be considered as a legal obligation.

⁸² *Ibidem*, p. 95. As it happened to the Norms, which were rejected by the former UN Human Rights Commission.

Moreover, as John Gerard Ruggie considers, the binding human rights treaties that have been adopted until now have not proven to be entirely successful.⁸³ On the contrary, the Human Rights Council, through the Universal Periodic Review, and the different treaty-committees, are struggling to comply with their monitoring duties, even when they are focused on specific sets of human rights and a limited number of countries.⁸⁴ Consequently, in this field, the task will be even more challenging, since there will be an uncountable number of corporations whose obligations in regards to the whole catalog of human rights must be supervised.⁸⁵

On another note, there is still no consensus on the scope of the treaty.⁸⁶ Concerning the regulatory targets, there is debate around the type of corporations that will be considered as duty-bearers.⁸⁷ Different alternatives are under review: a treaty directed to all types of corporations, an instrument focused solely on transnational enterprises, or even several covenants addressing companies by commercial sector.⁸⁸ As well, in regards to which human rights should be included in this initiative, several options are being studied, from a treaty focused exclusively on gross human rights violations, or an ambitious project that involves all the internationally recognized human rights.⁸⁹

Another pending issue is related to the institutional scaffolding that will be necessary to ensure compliance with the business and human rights treaty. Will it follow the traditional reporting-monitoring mechanism of the treaty-committees? Or will it be a Human Rights Court, similar to the International Criminal Court, in charge of adjudicating claims against corporations for human rights violations? In any case, binding obligations require a body that ensures their fulfillment with the ability to impose enforceable sanctions. Consequently, the institutional structure will likely adopt a vertical and hierarchical form, in line with the characteristics of the convergent approach of global law.⁹⁰

⁸³ Ruggie, John Gerard, *Just Business...*, *cit.*, p. 60.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁶ Deva, Surya, "Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty", in Deva, Surya and Bilchitz, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 154.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 155.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Walker, Neil, *op. cit.*, p. 55.

Hence, the question here is to determine if the proposal of a treaty on business and human rights, as a convergent approach, is inevitably incompatible with the divergent approach proposed by the GPs. In the next section we will argue, first, that the convergent and divergent approaches of global law are compatible and, thus, they can coexist in the field of business and human rights. And second, we will identify the types of interactions that happen between them, as well as the contribution that one approach can make to the other, to achieve the objective that both have in common: the protection of human rights against corporate abuse.

IV. THE COMPATIBILITY AND INTERACTION BETWEEN DIVERGENT AND CONVERGENT APPROACHES OF GLOBAL LAW IN THE FIELD OF BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

ALEJANDRO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

In this chapter, we will justify that the GPs are compatible and can coexist with the proposed treaty on business and human rights. Then, after analyzing the different exchanges that occur between them, we will argue that, in the field of business and human rights, the divergent approach, far from being an obstacle, constitutes a necessary starting point for future convergent developments.

1. *Compatibility*

Currently, we are experiencing an expansion of the field of human rights.⁹¹ This expansion is not only related to the creation of new rights at the universal and regional systems (such as the rights of persons with disabilities or the rights of indigenous peoples), or to the incorporation of different duty-bearers (as it currently happens with corporations).⁹² This enlargement is also associated with the adoption of new forms of regulation and adjudication, which move beyond the traditional top-down procedures, as it is the case of the GPs.⁹³ Thus, in the view of César Rodríguez Garavito, both the old and

⁹¹ Rodríguez Garavito, César, “The Future of Human Rights...”, *op. cit.*, p. 505.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Idem.*

new elements are now coexisting and horizontally interrelating with each other, as if they were living species in an ecosystem.⁹⁴ Consequently, rather than competing and excluding one another, they must create symbiotic and mutually reinforcing relations among themselves.⁹⁵

In this sense, in the regulatory model proposed by the GPs, voluntary and mandatory initiatives are not mutually excluding features.⁹⁶ On the contrary, the GPs require that new strategies be built upon that common platform, regardless if they are conceived in a divergent or convergent fashion. Moreover, as John Gerard Ruggie affirms, the GPs are not a silver bullet capable to solve all problems.⁹⁷ Consequently, they should not be considered as a finished work, but rather as the point of departure for new strategies, even for the long-term proposal of a binding treaty.⁹⁸

This situation can be considered as a facet of horizontal legal pluralism,⁹⁹ in which, at the international level, the overlapping systems established by different sources (namely the GPs and the treaty), can perfectly coexist. And although it is troublesome to determine which regime should prevail in governing a particular case, this problem is not uncommon to many areas of international law and, consequently, it does not prevent the coexistence of different systems in the same time and regulatory space.¹⁰⁰

Once we have determined the compatibility of the convergent and divergent approaches in the field of business and human rights, let us now continue with the analysis of the interaction that occurs between them, as well as the positive outcomes that this relation brings about.

2. Learning

The first relation that can be identified in the field of business and human rights is related to the knowledge that the divergent approach acqui-

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Melish, Tara, "Putting Human Rights Back into the UNGP on Business and Human Rights: Shifting Frames and Embedding Participation Rights", in Rodríguez Garavito, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 64.

⁹⁷ Ruggie, John Gerard, *Just Business...*, *cit.*, chapter 2.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁰ Klabbers, Jan and Trommer, Silke, *op. cit.*, p. 67.

red from the previous convergent proposals. In this sense, let us illustrate this statement.

In chapter III of this essay, we mentioned that the elaboration of the GPs was preceded by the failed attempt of adopting the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights (the Norms).¹⁰¹ We also said that the large majority of the states rejected this initiative because, among other reasons, it was conceived in a convergent fashion, with binding obligations articulated through a stiff and hierarchical scaffolding.¹⁰² Consequently, during the drafting process of the GPs, John Gerard Ruggie took into account the features that determined the misfortune of the Norms, and with that in mind, he decided to take a different road towards the same goal.¹⁰³

As well, he learned from other failed initiatives with convergent characteristics, such as the 1997 Kyoto Protocol on climate change. In particular, he noticed that the convergent attributes of the Kyoto Protocol, which set commitment targets with legal force, were less effective than the divergent features of the Paris Agreement, which is based on voluntary pledges by the states.¹⁰⁴ In this sense, after analyzing the political will of the states and the limitations of the convergent approaches regarding contemporary problems, John Gerard Ruggie decided to adopt a divergent and pragmatic position through which it was possible to achieve a novel regulation in this field.¹⁰⁵

3. Preparation

Occasionally, the adoption of a divergent approach is the first step towards the future implementation of a convergent initiative, and vice versa, since both of them “can be vehicles for focusing consensus on rules and principles, and for mobilizing a consistent, general response on the part of states”.¹⁰⁶ As well, as Jutta Brunnée and Stephen Toope suggest, “legal norms can only

¹⁰¹ Alston, Philip and Goodman, Ryan, *op. cit.*, p. 1468.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Ruggie, John Gerard, *Just Business... , cit.*, p. xi.

¹⁰⁴ Ruggie, John Gerard, “Global Governance...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁵ Ruggie, John Gerard, *Just Business... , cit.*, p. xlii.

¹⁰⁶ Simmons, Penelope, “The Value-Added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, in Deva, Surya and Bilchitz, David (eds.), *Building a*

arise from social norms based on shared understandings”.¹⁰⁷ Consequently, “there is no possibility of simply imposing significant social change by fiat in the absence of some degree of social consensus, expressed in practice”.¹⁰⁸

In this sense, within the field of business and human rights, the initiatives that preceded the development of the GPs (such as the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights), prepared the conditions that led to their endorsement by the UN Human Rights Council. Such initiatives began to sensitize the global community about the need to regulate, at the international level, the impact of business on human rights. Consequently, all of them contributed to creating shared understandings, which were essential for the adoption of the GPs.

In the same way, the current implementation of the GPs is also preparing the conditions for the future adoption of a binding treaty. Perhaps by the end of the last century, the topic of business and human rights was still new and, consequently, there was no political will to accept a binding initiative like the Norms. However, after the rejection of this proposal, there was at least sufficient consensus to approve the GPs, as a divergent alternative. Consequently, now is the turn of the GPs to strengthen social expectations, continue building consensus, demonstrate the benefits of regulating the behavior of corporations in regard to human rights, and justify to the international community the necessity to move forward in this field with the negotiation and adoption of a binding treaty or another alternative.

In this regard, and to continue with the progressive implementation of a binding initiative, as Penelope Simmons proposes, the next step should be to negotiate a framework treaty on business and human rights, “based on a reduced set of initial commitments”, so it can be more easily adopted by the states.¹⁰⁹ After doing so, this reduced treaty will continue to generate collective agreement on the necessity of a comprehensive instrument, for which nowadays there are not proper conditions and, therefore, “it cannot be accomplished overnight”.¹¹⁰

Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 56.

¹⁰⁷ Brunnée, Jutta and Toope, Stephen, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 159.

¹⁰⁹ Simmons, Penelope, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁰ *Idem*.

In sum, what we demonstrate in this section is that the interaction between the convergent and divergent approaches of global law can be mutually beneficial, since each of them contributes to create and maintain the conditions of existence of the other. In the field of business and human rights, the failure of a convergent proposal gave way to the implementation of a divergent initiative, which is now preparing the terrain again for future convergent developments.

4. Collaboration

In the previous section, we reviewed how the GPs, as a divergent approach, can be complemented in the future by a convergent treaty on business and human rights. However, divergent initiatives do not necessarily grow to adopt convergent features. They can continue being divergent and collaborate with other convergent proposals to achieve common objectives.

Indeed, the transformation of the GPs into a treaty on business and human rights is just one option. However, another alternative is to adopt a hybrid model, a middle point between convergence and divergence, where the international treaty and the GPs coexist and collaborate.¹¹¹

The failure of the previous convergent proposals demonstrate that comprehensive initiatives face strong resistance from the states. Therefore, from a pragmatic standpoint, the adoption of a binding instrument would be more viable if it is narrow in scope.¹¹² This issue is determined by two aspects: the types of companies to which the treaty should apply and the types of human rights that it should cover.¹¹³ In this sense, the treaty can be limited exclusively to the regulation of transnational companies and gross human rights violations.¹¹⁴ Thus, the possibilities of being adopted would be higher, and the scope of protection could be complemented by the GPs, which involve all types of corporations (regardless their size, sector or areas of operation), and encompass any violation of human rights recognized by the UDHR, the ICCPR, the ICESCR and the principles determined by the ILO in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.¹¹⁵

¹¹¹ Deva, Surya and Bilchitz, David (eds.), *op. cit.*, p. 172.

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Deva, Surya, “Scope of the Proposed...”, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), principle 12.

A similar approach is being discussed by the UN Working Group on Business and Human Rights. Although article 3 of the revised draft of the treaty establishes that it shall cover all human rights and apply to all types of corporations, it gives particular emphasis to the ones of transnational character.¹¹⁶ We are still far from the adoption of the treaty, but the prevalent idea is that it cannot be an all-encompassing instrument.¹¹⁷ In this sense, and although the current scope of the revised draft can still be narrowed, the trend leads to a hybrid model in which the areas that cannot be governed by the treaty will be regulated by the GPs.

On another note, in a pluralist environment, the divergent and convergent approaches, that is the GPs and the international treaty, can collaborate as a whole, from the international arena, to set standards and shape the production of domestic legislation to minimize the impact of corporations on human rights. Consequently, they can also function as an authoritative reference for the internalization of international norms.¹¹⁸

In sum, in this chapter we have justified that initiatives with convergent and divergent characteristics can collaborate, and that it is precisely in this point where, after the learning and preparation processes, the compatibility and interaction of both visions can be best represented. Let us now expose the conclusions of this essay.

V. CONCLUSIONS

After analyzing the convergent and divergent approaches of global law within the field of business and human rights, we demonstrated that these two different conceptions are not incompatible, since they can perfectly coexist in a particular time and regulatory space.

¹¹⁶ UN Working Group on Business and Human Rights, “Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, 2019, available at: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

¹¹⁷ The current discussions on the proposed treaty can be followed in Business and Human Rights Resource Centre, “UN Intergovernmental Working Group on Proposed Treaty”, 2020, available at: <https://www.business-humanrights.org/en/un-intergovt-working-group-on-proposed-treaty>.

¹¹⁸ Brunnée, Jutta and Toope, Stephen, *op. cit.*, p. 116.

As well, the development of the initiatives that have been proposed to regulate the impact of business on human rights, shows how the convergent and divergent approaches have interacted in the past. For example, the knowledge obtained from the failed experiences of the convergent proposals was central for the development of the GPs, as a divergent and innovative strategy in this field. As well, each of the initiatives has contributed to create and maintain the conditions of existence of one another. The adoption of the GPs would have been impossible without the previous rejection of the Norms, and the possible adoption of a binding treaty would be unthinkable without the current implementation of the GPs. Moreover, the collaboration between these two visions of global law might bring about suitable solutions in the field of business and human rights, by adopting hybrid models that conjugate the implementation of a binding treaty, with a narrow approach, and the operation of the GPs that have a wider scope.

Finally, and perhaps more important, this article is a call to move beyond the debate about the differences, and focus our attention in the coincidences and positive interactions that can occur between these two approaches of global law, since this is an underexplored area in which further research is needed.

ALEJANDRO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

VI. BIBLIOGRAPHY

- ALSTON, Philip, “The Not-A-Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, in ALSTON, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ALSTON, Philip and GOODMAN, Ryan, *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BILCHITZ, David, “Introduction: Putting Flesh on the Bone”, in DEVA, Surya and BILCHITZ, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- BODANSKY, Daniel, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in HALLIDAY, Terrence and SHAFFER, Gregory (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

- BRUNNÉE, Jutta and TOOPE, Stephen, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- BÚRCA, Gráinne de, “Experimentalism and the Limits of Uploading: The EU and the UN Disability Convention”, in ZEITLIN, Jonathan (ed.), *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BÚRCA, Gráinne de *et al.*, “New Modes of Pluralist Global Governance”, *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, vol. 45, no. 1, 2013.
- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, “UN Intergovernmental Working Group on Proposed Treaty”, 2020, available at: <https://www.business-humanrights.org/en/un-intergovt-working-group-on-proposed-treaty>.
- CHOUHDURY, Barnali, “Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 67, no. 4, 2018.
- DEVA, Surya, “Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty”, in DEVA, Surya and BILCHITZ, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- DEVA, Surya and BILCHITZ, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- KLABBERS, Jan and TROMMER, Silke, “Peaceful Coexistence: Normative Pluralism in International Law”, in KLABBERS, Jan and PIIPARINEN, Touko (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KRISCH, Nico, “Pluralism in Postnational Risk Regulation: The Dispute over GMOs and Trade”, *Transnational Legal Theory*, London, vol. 1, 2010.
- MELISH, Tara, “Putting Human Rights Back into the UNGP on Business and Human Rights: Shifting Frames and Embedding Participation Rights”, in RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- NOLAN, Justine, “A Business and Human Rights Treaty”, in BAUMANN-PAULY, Dorothee and NOLAN, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Melbourne, Routledge, 2016.

- NOLLKAEMPER, Andre, “Inside or Out: Two Types of International Legal Pluralism”, in KLABBERS, Jan and PIIPARINEN, Touko (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- PARKER, Christine and HOWE, John, “Ruggie’s Diplomatic Project and its Missing Regulatory Infrastructure”, in MARES, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, in RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis”, *SUR International Journal on Human Rights*, São Paulo, vol. 11, no. 20, 2014.
- RUGGIE, John Gerard, “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”, *Global Governance*, Boston, vol. 20, 2014.
- RUGGIE, John Gerard, “Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinational Enterprises”, in RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- RUGGIE, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, Norton and Company, 2013.
- SIMMONS, Penelope, “The Value-Added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, in DEVA, Surya and BILCHITZ, David (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, “Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, 2019, available at: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.
- UNITED NATIONS, “Global Compact”, 2020, available at: <https://www.unglobalcompact.org/>.
- UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of Internatio-

nal Law”, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

WALKER, Neil, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

WEISSBRODT, David and KRUGER, Muria, “Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors”, in ALSTON, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Espacios convencionales de los derechos políticos en las sentencias de la Corte Interamericana a través de un sistema semiautomático de inteligencia artificial*

Conventional Spaces of Political Rights in the Judgments of the Inter-American Court through a Semiautomatic System of Artificial Intelligence

Espaces conventionnels de droits politiques dans les jugements de la Cour interaméricaine à travers un système semiautomatique d'intelligence artificielle

Jesús E. **Sanabria-Moyano****
W. Ricardo **Rodríguez-Beltrán*****
R. E. **Gutiérrez-Carvajal******

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Método de análisis jurisprudencial*. III. *Los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

* Este artículo es producto del proyecto POS_DER_3267, “Detección automática de espacios convencionales de la Corte Interamericana para la identificación de estándares de protección en derechos humanos”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, vigencia 2020-2021.

** Universidad Militar Nueva Granada, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9715-5305>, jesus.sanabria@unimilitar.edu.co.

*** Universidad Militar Nueva Granada, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2798-2123>.

**** Universidad Militar Nueva Granada, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6013-5463>.

Artículo recibido el 3 de diciembre de 2019
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 61-91
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

RESUMEN: Los derechos políticos son una garantía fundamental en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual el presente artículo busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuáles son los estándares convencionales de los derechos políticos en la Corte Interamericana? Para ello se hizo aplicación de un sistema semiautomático de búsqueda de jurisprudencia de este tribunal interamericano, en el marco del uso de la analítica de datos aplicada al método de análisis jurisprudencial. El uso de esta herramienta permitió identificar los espacios convencionales que la Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia respecto de los derechos políticos, como son: a) el derecho a ser elegido; b) el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en cargos públicos; c) el derecho a participar en asuntos públicos, y d) las limitaciones a los derechos políticos.

Palabras clave: Convención Americana, Corte Interamericana, derechos políticos, inteligencia artificial, espacios convencionales.

ABSTRACT: Political rights are a fundamental guarantee in the American Convention on Human Rights; therefore, this article seeks to answer the following question: What are the conventional standards of political rights in the Inter-American Court? Applied a semi-automatic system for searching jurisprudence of this Inter-American Court, within the framework of the use of data analytics applied to the jurisprudential analysis method. The use of this tool allowed identifying the conventional spaces that the Inter-American Court has developed in it is jurisprudence regarding political rights, such as: a) the right to be elected; b) the right to equal opportunities in access and stability in public office; c) the right to participate in public affairs, and d) limitations on political rights.

Key words: American Convention, Inter-American Court, political rights, artificial intelligence, conventional spaces.

RÉSUMÉ: Les droits politiques sont une garantie fondamentale dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme; par conséquent, cet article cherche à répondre à la question suivante: Quelles sont les normes conventionnelles des droits politiques à la Cour interaméricaine? A appliqué un système semi-automatique pour recherche de la jurisprudence de cette Cour interaméricaine, dans le cadre de l'utilisation de l'analyse de données appliquée à la méthode d'analyse jurisprudentielle. L'utilisation de cet outil a permis d'identifier les espaces conventionnels que la Cour interaméricaine y a développés est la jurisprudence relative aux droits politiques, tels que: a) le droit d'être élu; b) le droit à l'égalité des chances en matière d'accès et de stabilité dans la fonction publique; c) le droit de participer aux affaires publiques, et d) limitations des droits politiques.

Mots-clés: Convention américaine, Cour interaméricaine, droits politiques, intelligence artificielle, espaces conventionnels.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana permite identificar los parámetros de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; esto crea la aplicación por parte de la Corte Interamericana de un sistema de precedentes judiciales, dando seguridad jurídica al sistema interamericano y a los Estados parte del mismo. Además, estos precedentes generan la creación de estándares de protección de derechos humanos (DDHH), que deben ser aplicables por todos los Estados mediante el control de convencionalidad, con el fin de cumplir las obligaciones emanadas de la Convención.¹

Por tanto, las sentencias de la Corte Interamericana se caracterizan por desarrollar extensos análisis entre los derechos humanos reconocidos por el tratado y el cumplimiento o no de las obligaciones convencionales del Estado, lo cual genera que en una misma sentencia se presenten por un mismo hecho la correlación de diferentes derechos violados y, de paso, la conexidad con las obligaciones, a fin de determinar si el Estado es responsable o no. En este análisis hermenéutico, la Corte Interamericana identifica el precedente relevante que se relaciona analógicamente con el caso bajo estudio y los incluye en los considerandos de cada uno de los derechos o del grupo de derechos humanos analizados, por lo cual se puede identificar que el método de trabajo que realiza este órgano surge a partir de la construcción de líneas temáticas que pueden considerarse líneas jurisprudenciales.²

En este orden de ideas, para la creación de una línea jurisprudencial se debe iniciar con la formulación de un problema jurídico por resolver a través de la jurisprudencia de un determinado órgano judicial;³ dicho problema puede surgir de un espacio en la norma que, al ser interpretado por el órgano judicial, permite identificar unos parámetros o estándares. Ello implica

¹ González, Andrés y Sanabria, Jesús, “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Saber, Ciencia y Libertad*, Colombia, vol. 8, núm. 2, 2013, pp. 45-56.

² Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, vol. 10, 2008, pp. 131-156.

³ López Medina, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006, p. 366.

hacer un rastreo de las decisiones que se relacionan con el problema jurídico planteado, y a partir de su lectura y análisis identificar si dan respuesta de forma directa o simplemente dan elementos que permiten identificar una posible respuesta a la situación que se plantea. A partir de ello, se podrían clasificar las sentencias seleccionadas entre sentencias hito, fundadora de línea, confirmadora de principio y arquimédica.⁴

Con esta técnica se pueden identificar algunos espacios convencionales, que en la práctica son el desarrollo interpretativo del alcance del derecho humano reconocido en la Convención Americana y, con ello, la creación de estándares de protección, los cuales se encuentran obligados a cumplir los Estados que se someten a la jurisdicción de la Corte Interamericana.⁵

Sin embargo, en la práctica, identificar estos espacios convencionales es un trabajo dispendioso para los investigadores, los jueces y los litigantes del sistema interamericano de derechos humanos; por ello, el uso de herramientas tecnológicas contribuye a detectar más rápido y de mejor forma las sentencias que permiten describir los espacios convencionales, lo cual es mucho más efectivo en el momento de crear documentos jurídicos que requieran soportes jurisprudenciales con precedentes de la Corte Interamericana. Por tanto, el objetivo es aplicar un sistema de búsqueda y navegación semiautomática, a fin de identificar los espacios convencionales de los derechos políticos establecidos por la Corte Interamericana y, con ello, establecer cuáles son los estándares y obligaciones por cumplir de los Estados parte de la Convención Americana.

Para dar cumplimiento a dicho objetivo, los grupos de investigación en derecho público de la Facultad de Derecho y “Acceder” de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Militar Nueva Granada han creado un sistema de inteligencia artificial para el análisis semiautomático de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con el que se identifican espacios citacionales, los cuales se encuentran representados a través de grafos, cuya lectura e interpretación permiten establecer estándares jurisprudenciales de los derechos reconocidos en la Convención Americana, con el fin simplificar la labor de creación de futuras sentencias, memoriales por parte de abogados litigantes en el sistema interamericano y el desarrollo de trabajos académicos y de investigación.

⁴ *Idem*.

⁵ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, Chile, vol. 5, núm. 28, 2011, pp. 123-159.

Ahora bien, con el mencionado navegador y respondiendo al interés de aplicar dicha herramienta, se realizó el estudio de los derechos políticos en la Corte Interamericana, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la revisión bibliográfica realizada, hasta el momento no se ha llevado a cabo un estudio que se apoye en el uso de inteligencia artificial en busca de espacios convencionales de algún derecho establecido en la Convención Americana. Por esta razón, el problema jurídico que se plantea en esta investigación es el siguiente: ¿cuáles son los estándares convencionales de los derechos políticos emitidos por la Corte Interamericana? Para dar respuesta a esta pregunta, se desarrolló una herramienta computacional que modela el flujo de trabajo de los operadores jurídicos, permitiendo el rastreo de decisiones relacionadas con el problema legal en el dominio jurisprudencial de la Corte Interamericana. Las sentencias relacionadas con el derecho político se presentaron como un grafo no dirigido, cuyas relaciones representaban las citas entre las distintas decisiones. Una vez modelada esta estructura, la herramienta permite al usuario reconocer las sentencias hito, fundadoras de línea, confirmadoras y arquimédicas, las cuales se resaltan mediante la aplicación de teoría de grafos en este dominio, particularmente las métricas de centralidad del grafo y técnicas de agrupamiento automático.

Por último, la metodología empleada en esta investigación es multidisciplinaria, ya que parte de un problema eminentemente jurídico que requiere la aplicación del método de análisis jurisprudencial, pero también se emplea un método de trabajo de las ciencias computacionales, que en el presente caso es el análisis de datos, con el cual se permite el desarrollo de una inteligencia artificial que grafica los espacios citacionales a partir de las conexiones en las sentencias de la Corte Interamericana en las que desarrolla los derechos políticos. Posterior a ello, el usuario de la herramienta hace una lectura e interpretación del grafo diseñado por la herramienta e identifica los diferentes espacios convencionales que integran el derecho, a fin de dar respuesta al problema de investigación.

En el desarrollo del objetivo y la metodología planteada, se expondrá, en primer lugar, las generalidades del método de análisis jurisprudencial; posteriormente, se explicará cómo se aplica el sistema de navegación semiautomático, haciendo uso de esta técnica frente a los derechos políticos; luego, se analizará los espacios convencionales obtenidos, y, finalmente, se darán paso a las conclusiones.

II. MÉTODO DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con respecto al método de creación de espacios citacionales y los espacios convencionales, es importante analizar el precedente judicial. Para ello, se debe hacer mención que en el mundo jurídico existen cinco grandes familias jurídicas: romano-germánica, *common law*, socialista, religiosa, los sistemas híbridos y mixtos.⁶ Sin embargo, en el mundo occidental se aplican sólo dos: la familia romano-germánica y el *common law*.

Frente a estas dos familias jurídicas, es evidente que tienen una matriz cultural similar y, desde un estudio dinámico de estos sistemas, es posible distinguirlos de otras familias jurídicas a través de la identificación de los diferentes órganos que promulgan su conjunto de normas, así como de la fuerza vinculante y las consecuencias que trae para los sujetos su incumplimiento. Precisamente, estos aspectos dependen del uso de fuentes de derecho, que les permiten expresarse y alcanzar su obligatoriedad.⁷

A pesar de que las fuentes de derecho en estas dos familias jurídicas son idénticas, como son la ley, la costumbre, los tratados internacionales y la jurisprudencia, es muy diferente su uso y fuerza vinculante de cada fuente de acuerdo con la familia jurídica. Por ejemplo, el sistema de *common law* tiene como fuente principal la jurisprudencia,⁸ cuya autoridad se deriva de la regla de obligatoriedad del precedente que establecen los tribunales frente a la resolución de litigios;⁹ por ello, se da prevalencia al derecho judicial.¹⁰ Por otro lado, la fuente principal del sistema romano-germánico es la ley y la obligatoriedad se la concede la rama legislativa, que puede estar representada en congreso o consejo, dependiendo de cada Estado.

⁶ Pérez Perdomo, Rogelio, “González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XLVI, núm. 136, 2013, pp. 403-405.

⁷ Noguera Laborde, Rodrigo, *Introducción general al derecho*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015, p. 338.

⁸ Blasco Gascó, Francisco de Paula, “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”, *Estudios de Derecho Judicial*, España, núm. 34, 2001, pp. 185-236.

⁹ Whittaker, Simon y Banfi del Río, Cristian, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 35, núm. 1, 2008, pp. 37-83.

¹⁰ López Medina, Diego, *op. cit.*

De esta forma, a partir del uso del derecho comparado como el estudio de las familias jurídicas y sus sistemas,¹¹ se evidencia que la aplicación del precedente judicial no ha sido ajena para ninguno de los sistemas jurídicos. Incluso, en el derecho internacional se identifica cierta similitud con los sistemas jurídicos nacionales,¹² pero se adaptan a las necesidades de las instituciones que resuelven los problemas de relevancia mundial. Con relación a las fuentes, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia determina en su artículo 38 las fuentes del derecho internacional:

... a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) *las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho* (cursivas añadidas).

Asimismo, en el artículo 59 señala que las sentencias, para las partes del conflicto, sí tienen fuerza normativa. A partir de ello, se destaca que la jurisprudencia de los órganos judiciales internacionales ha tomado más relevancia en los últimos años, pues a través de la interpretación y la aplicación de los tratados¹³ y la costumbre internacional en las decisiones judiciales se desarrolla el derecho internacional.¹⁴ De esta forma, la relevancia del precedente se evidencia en que, para decidir, los tribunales referencian decisiones previas, justificando por qué la regla es correcta, equivocada o diferente e, incluso, vinculante en el caso concreto.¹⁵ Así, se comparte lo establecido por Benavides:

¹¹ González, Andrés y Sanabria, Jesús, *op. cit.*

¹² Toro Huerta, Mauricio Iván del, "Anatomía del precedente internacional (esbozo para la discusión)", en Carbonell Sánchez, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. III, pp. 75-107.

¹³ Fernández Fernández, Vicente, "La justicia de los precedentes: ¿invasión a la independencia y autonomía del juzgador?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 29, núm. 2, pp. 9-33.

¹⁴ Jiménez de Aréchaga, Eduardo *et al.*, *Derecho internacional público: principios, normas y estructuras*, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 2005, t. 1, p. 511.

¹⁵ Cohen, Harlan Grant, "International Precedent and the Practice of International Law", en Helfand, Michael A. (ed.), *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, Cambridge University Press, 2015, pp. 172-194.

... las instancias de carácter judicial son necesarias tanto para el desarrollo del derecho internacional como para contar con otros mecanismos de cumplimiento de las obligaciones, más allá de las retorsiones y represalias. Una sentencia es una norma jurídica particular vinculante y obligatoria para el Estado parte del juicio.¹⁶

Particularmente, con relación al sistema interamericano de protección de derechos humanos, se establece en la Convención Americana que la Corte Interamericana es el órgano al cual le corresponde la interpretación y aplicación del tratado, mientras que los Estados parte se comprometen a cumplir sus decisiones, de tal forma que todos sus fallos deben ser motivados.¹⁷

Por ello, con respecto a la función jurisdiccional, la Corte Interamericana decide sobre la responsabilidad internacional de un Estado parte por el incumplimiento de las obligaciones frente a los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros pactos interamericanos que le reconocen competencia a la Corte Interamericana, así como de estándares de protección que ha fijado en casos análogos. En estas sentencias es posible identificar que existen argumentos con carácter de *ratio decidendi*, en los cuales se encuentran reglas de derecho que establece la Corte Interamericana para dar solución a un problema jurídico en concreto. Cuando estas reglas de derecho son reiteradas por la Corte Interamericana para resolver casos análogos, se está frente a estándares de protección que deben ser observados y acatados por los Estados.

Dentro de esta *ratio decidendi*, es posible encontrar cómo la Corte Interamericana define los derechos convencionales, así como los elementos que los integran y las relaciones que se establecen entre ellos frente a escenarios en particular. De igual forma, explica las obligaciones de respeto, garantía, adecuación y no discriminación que deben cumplir los Estados para evitar la vulneración de los derechos humanos, consagradas en los dos primeros artículos de la Convención Americana.¹⁸

¹⁶ Benavides-Casals, María Angélica, “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, núm. 27, 2015, pp. 141-166.

¹⁷ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

¹⁸ González, Andrés y Sanabria, Jesús, *op. cit.*

Igualmente, en cumplimiento de la obligación de motivar los fallos, se identifica *obiter dictum*, en la cual la Corte Interamericana define elementos que no son indispensables para la decisión de responsabilidad, pero que sí permiten comprender la naturaleza del derecho humano o las obligaciones internacionales.

De esta forma, es posible evidenciar que dentro del sistema interamericano también existen precedentes fijados en la Corte Interamericana. En primer lugar, se trata de “autoprecedentes”, puesto que es la misma Corte Interamericana quien fija determinado estándar de protección y en un caso análogo lo retoma, con el fin de explicar la responsabilidad o no del Estado. Asimismo, en ocasiones, dicho tribunal interamericano hace uso de precedentes horizontales, cuando en sus sentencias menciona argumentos establecidos por cortes de otros sistemas de protección de derechos humanos. Por último, también se evidencia una relación con los Estados parte, puesto que, en virtud de los principios de complementariedad y subsidiariedad, la Corte Interamericana en ocasiones estudia las sentencias emitidas por los tribunales internos de los Estados.

En cuanto a la obligatoriedad del precedente, se establece en el artículo 66 de la Convención Americana que “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. A partir del estudio de este artículo, algunos doctrinantes desarrollaron la doctrina de *res judicata*, en virtud de la cual se afirma que el fallo exclusivamente es vinculante para el Estado sobre el cual la Corte Interamericana decidía su responsabilidad internacional.¹⁹ Sin embargo, con los posteriores pronunciamientos de la misma Corte Interamericana, se determinó que los postulados de la *ratio decidendi* tienen efectos *erga omnes*, por lo cual deben ser tenidos en cuenta por los demás Estados, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención y la sentencia no se vean disminuidos por la aplicación de normas contrarias.

Esta doctrina es conocida como *res interpretata* y tiene relación directa con el control de convencionalidad que se establece en el sistema interamericano. En ella se explica que los Estados tienen la obligación de adecuar sus actuaciones a nivel interno, con el fin de que sean conformes tanto a los tratados como a la interpretación que realiza la Corte Interamericana sobre los instrumentos internacionales:

¹⁹ Quinche, Manuel, *El precedente judicial y sus reglas*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016, p. 208.

Todas sus autoridades y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.²⁰

De esta forma, a partir de las decisiones de la Corte Interamericana, se crean una serie de estándares de protección de derechos humanos que deben ser aplicables por todos los Estados sujetos a su jurisdicción, con el fin de cumplir las obligaciones emanadas de la Convención Americana y garantizar seguridad jurídica dentro del sistema. Es decir, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no sólo es citada como ejercicio hermenéutico en la construcción de decisiones, sino también establece criterios que irradian a los Estados, con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones convencionales de respeto, garantía, adecuación y no discriminación en conexidad con los derechos humanos, al interior de su jurisdicción.²¹

De acuerdo con ello, es posible evidenciar que los precedentes desarrollados por la Corte Interamericana tienen fuerza vinculante para los Estados parte de la Convención Americana, de tal forma que se destaca su importancia como órgano de protección de derecho humanos en la región y su influencia en las decisiones que toman los tribunales de los Estados a nivel interno.

En vista de ello, una de las técnicas utilizadas para el estudio de un problema jurídico es el desarrollo de líneas jurisprudenciales, en virtud de las cuales se encuentran posibles respuestas de conformidad con la decisión adoptada por los jueces previamente. Para su construcción, el investigador debe tener en cuenta las sentencias que se relacionen directamente con el tema de estudio. Para ello, es útil hacer uso de los buscadores o identificar la sentencia más reciente y que los hechos sean relevantes o tengan el mismo patrón

²⁰ Corte IDH, Serie C núm. 266, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Sentencia del 23 de agosto de 2013. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

²¹ González, Andrés y Sanabria, Jesús, *op. cit.*

fáctico, pues ayudarán a identificar las demás sentencias que hablan sobre el tema. En la búsqueda, López Medina recomienda estudiar la denominada “sentencia arquimédica”, caracterizada por ser reciente y contar con hechos relevantes con el mismo patrón fáctico.

El grupo de sentencias que encuentre el investigador relacionadas con su tema de estudio se denomina “espacios citacionales”, pues se constituyen a partir de la relación de citas entre sí que desarrollan las sentencias cuyo contenido es de conformidad con el precedente fijado por el órgano judicial en relación con el tema de interés del investigador. Al interior de estos espacios citacionales, es posible identificar que el órgano judicial realiza la interpretación de los artículos de la normativa en diferentes situaciones y define sus elementos cuando entran en conflicto.

Para el caso de la Corte Interamericana, ello se denomina “espacios convencionales”, realizando un símil con lo que López Medina denomina “escenario constitucional” y define como “zona de choque de intereses donde la Corte puede desplegar el análisis de la Constitución para encontrar balances que maximicen la protección de derecho. Entre todas estas zonas hay afinidades generales que se desprenden de elementos culturales, morales, políticos y económicos”.²² Estos estándares convencionales, cuando colidan con otros derechos, pueden generar “subespacios” o “espacios convencionales de segundo nivel”.

Estos espacios o subespacios convencionales brindan herramientas al investigador para la formulación de su problema jurídico, definido por López Medina como la pregunta que encabeza la línea jurisprudencial y que el investigador intenta resolver mediante la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales, además de la relación de éstos con otros materiales normativos. Este problema debe ser concreto, con el propósito de dar respuesta de forma directa con las sentencias y dependerá de qué tipo de línea quiere desarrollar el investigador.

Para ello, como explica López Medina, el investigador debe tener en cuenta que existen diferentes tipos de sentencias, de las cuales debe preferir aquellas que gocen de lealtad argumentativa para conformar el precedente, tal y como se señala a continuación.

La primera de ellas se denomina “hito”, donde se establece de forma general la regla de derecho en la sentencia. A su vez, esta sentencia puede asumir la forma de fundadora de línea, en la que, tratándose de una inicial,

²² López Medina, Diego, *op. cit.*

goza de riqueza argumentativa; por ello, suele tener bastante *obiter dictum*. Por otro lado, puede ser una consolidadora de línea, en la cual, además de retomar la regla de derecho establecida, la define con más precisión. Otra forma es la modificadora, la cual incluye cambios fuertes a la regla de derecho que resuelve el problema jurídico del caso en estudio. No obstante, cuando la sentencia introduce una teoría nueva o forma de interpretar, se trata de una reconceptualizadora; en cambio, si resuelve conflictos de interés, se define como una sentencia dominante.

Así las cosas, según explica López Medina, el investigador puede encontrar otro tipo de sentencias que no serán directamente relevantes para su estudio. Entre ellas se encuentra la confirmadora de principio, la cual desarrolla el deber de obediencia del precedente, aplicando la *ratio decidendi*. Por otro lado, se encuentran las sentencias confusas o inconcluyentes, que tienen poca *ratio* y no definen de forma clara la solución al problema jurídico, y, por último, tenemos a las que son en exceso abstractas, pues contienen poca *ratio decidendi* y mucha *obiter dictum* sin relación con el caso.

Una vez se realice, se graficará el problema y se ubicarán las sentencias según sea su respuesta. De esta forma, se podrá evidenciar si se identifica la existencia de balance convencional; es decir, si existe doctrina jurisprudencial vigente que sirve como regla de conducta y estándar de crítica²³ y demás conclusiones según sus objetivos planteados.

Teniendo en cuenta lo anterior y con la utilización del sistema de inteligencia artificial, se construirá una línea de precedentes de la Corte Interamericana frente a los derechos políticos, y el sistema reflejará los espacios citacionales, con la relevancia que han tenido las distintas sentencias de la Corte Interamericana frente a los derechos políticos; luego, se evidenciarán los espacios convencionales y, posteriormente, se describirán los estándares convencionales.

III. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Este capítulo se desarrollará con base en los precedentes establecidos por la Corte Interamericana frente a los derechos políticos, de acuerdo con las

²³ *Idem*.

sentencias establecidas por la inteligencia artificial conforme a la relevancia de cada sentencia y, de igual forma, al número de veces en el que son citadas. Posterior a ello, teniendo en cuenta la gráfica expuesta por la herramienta, se desarrollarán cuatro espacios convencionales, generando con ello los estándares de la Corte Interamericana frente a los derechos políticos.

1. Descripción de los derechos políticos por parte de la Corte Interamericana

Frente al contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en su artículo 23 a los derechos políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.²⁴

En la mayoría de las ocasiones en que se pronuncia por primera vez sobre un derecho convencional, la Corte Interamericana establece dentro de su sentencia algunos parámetros y definiciones conceptuales sobre tal derecho; estos parámetros y conceptualizaciones son retomadas por jurisprudencia sucesora, con miras a crear estándares de protección del derecho. Frente a los derechos políticos, se aprecian varias situaciones: en primer lugar, todas las personas tienen derecho a participar en la dirección de asuntos públicos; en segundo lugar, ellas cuentan con el derecho a elegir y ser elegidos en

²⁴ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*

cargos públicos en condiciones de igualdad, y, en tercer lugar, frente a qué razones se puede limitar o restringir los derechos políticos.

Por consiguiente, la Corte Interamericana se ha pronunciado en 22 ocasiones, teniendo como el caso más citado el de *Yatama vs. Nicaragua*, mediante el cual se establece la importancia de los derechos políticos, pues mediante éstos “se propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.²⁵ De acuerdo con este carácter fundamental, la Corte Interamericana ha señalado:

...el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención, y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.²⁶

Ahora bien, frente a la definición y el rango de aplicación de los derechos políticos, la Corte Interamericana, en casos como *Castañeda Gutman vs. México* y, más recientemente, *Petro Urrego vs. Colombia*, ha definido al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la siguiente manera:

El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención, no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la

²⁵ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 192.

²⁶ *Ibidem*, párr. 191; Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 144; Corte IDH, Serie C núm. 233, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia del 1o. de septiembre de 2011. Fondo, reparaciones y costas, párr. 108.

oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.²⁷

A partir de esta interpretación, la Corte Interamericana ha venido estableciendo ciertas definiciones de los derechos que intrínsecamente forman parte de las garantías políticas, como el derecho a decidir en asuntos públicos, el derecho a ser elegido, el derecho a elegir y las limitaciones a los derechos políticos.

2. Nichos citacionales y espacios convencionales de los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana ha seguido desarrollando estas definiciones en casos posteriores; además, ha establecido la aplicación y los estándares de los derechos políticos en 21 casos, que tienen autocitaciones por parte de la misma Corte Interamericana, creando los espacios citacionales. Frente a esto, la analítica de datos arroja el número de veces que una sentencia ha sido citada por la Corte Interamericana para abordar o desarrollar los derechos políticos.

Ranking con número de citaciones ²⁸	
C 127	23
C 184	19

²⁷ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 194; Corte IDH, Serie C núm. 348, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Fondo, reparaciones y costas, párr. 11.

²⁸ El cuadro 1 es resultado de los datos generados por la inteligencia artificial, teniendo en cuenta los datos de 21 sentencias de la Corte Interamericana: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua*; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*; *Yatama vs. Nicaragua*; *Claude Reyes y otros vs. Chile*; *Escué Zapata vs. Colombia*; *Castañeda Gutman vs. México*; *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*; *Reverón Trujillo vs. Venezuela*; *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*; *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*; *López Mendoza vs. Venezuela*; *Pueblo Indígena de Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*; *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*; *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*; *Luna López vs. Honduras*; *Argüelles y otros vs. Argentina*; *López Lone y otros vs. Honduras*; *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*; *Pacheco León y otros vs. Honduras*; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

<i>Ranking con número de citas</i>	
C 266	11
C 302	11
C 348	11
C 268	10
C 227	9
C 269	9
C 197	8
C 342	8
C 212	7
C 213	7
C 233	7
C 182	6
C 288	5
C 79	1
C 245	1
C 309	1
C 117	0
C 151	0
C 165	0

Para establecer la importancia de cada sentencia, por una parte, se cuenta el número de veces que es citada (véase cuadro 1) y, por otro lado, se estima la influencia que ha tenido cada sentencia en la Corte Interamericana mediante el análisis automático, que simula una caminata aleatoria en el espacio citacional; por lo tanto, se considerarán como sentencias más influyentes aquellas por las cuales un caminante aleatorio visitaría con mayor frecuencia. De acuerdo con ello, tenemos algunas sentencias que son más influyentes, como la del asunto C 127, *caso Yatama vs. Nicaragua*, que es la más importante frente a derechos políticos. Es así como mediante la inteligencia artificial se establece un *score* para determinar la importancia de la sentencia.

<i>Ranking por influencia²⁹</i>	
C 127	52.99782729
C 184	42.5428122
C 269	30.43031659
C 302	29.16940142
C 342	27.46847625
C 213	27.46847613
C 348	25.93285527
C 233	22.38371612
C 288	22.38371612
C 197	22.36420645
C 212	19.65612795
C 182	17.16037025
C 266	14.21122267
C 268	14.21122267
C 227	12.47360863
C 309	9.583755619
C 79	0.1539471966
C 245	0.1539471966
C 117	0.04761904762
C 151	0.04761904762
C 165	0.04761904762

Como se puede observar, el caso más citado y relevante en la Corte Interamericana, con respecto al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el C 127, conocido como *caso Yatama vs. Nicaragua*.

²⁹ El cuadro 2 es resultado de los datos generados por la inteligencia artificial, tomando en consideración los datos de 21 sentencias de la Corte Interamericana: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguí vs. Nicaragua*; *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*; *Yatama vs. Nicaragua*; *Claude Reyes y otros vs. Chile*; *Escué Zapata vs. Colombia*; *Castañeda Gutman vs. México*; *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*; *Reverón Trujillo vs. Venezuela*; *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*; *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*; *López Mendoza vs. Venezuela*; *Pueblo Indígena de Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*; *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*; *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*; *Luna López vs. Honduras*; *Argüelles y otros vs. Argentina*; *López Lone y otros vs. Honduras*; *Pueblos Kalaña y Lokono vs. Surinam*; *Pacheco León y otros vs. Honduras*; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

Éste se dio por la participación política de organizaciones indígenas conglomeradas con el nombre de Yatama, las cuales intentaron obtener la autorización y ser reconocidos como partido político; sin embargo, el Estado de Nicaragua negó dicha autorización y, con ello, las comunidades no pudieron participar activamente en las elecciones de 2000. Es así como este caso es el primero en el que la Corte Interamericana condena a un Estado por la violación de los derechos políticos.

De acuerdo con ello, se evidencia que el caso *Yatama vs. Nicaragua* tiene 23 citaciones de sentencias posteriores. En esta sentencia se da inicio y desarrollo de los derechos políticos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo cual se realiza la descripción de tales derechos, pero a su vez se establece cómo los Estados deben cumplir con las obligaciones de garantía y no discriminación. En dicha sentencia, la Corte señala lo siguiente:

La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.³⁰

Con respecto a lo anterior, la Corte Interamericana establece que los Estados no simplemente están obligados a la creación de una norma, sino que deben adoptar medidas para garantizar el real y pleno goce de los derechos políticos con base en los principios de igualdad y no discriminación. Asimismo, la Corte dispuso que “Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.³¹

³⁰ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 201; Corte IDH, Serie C núm. 212, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 106.

³¹ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 195; Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 145.

Por otro lado, este caso también desarrolla que los derechos políticos no son absolutos, sino que aceptan las limitaciones de éstos, tal y como lo establece el artículo 23.2. Esto se hace en función del test de proporcionalidad, lo que significa que, para limitar los derechos políticos, los Estados deben observar los principios de legalidad,³² necesidad³³ y proporcionalidad³⁴ en una sociedad democrática. Por ende, se establece:

La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.³⁵

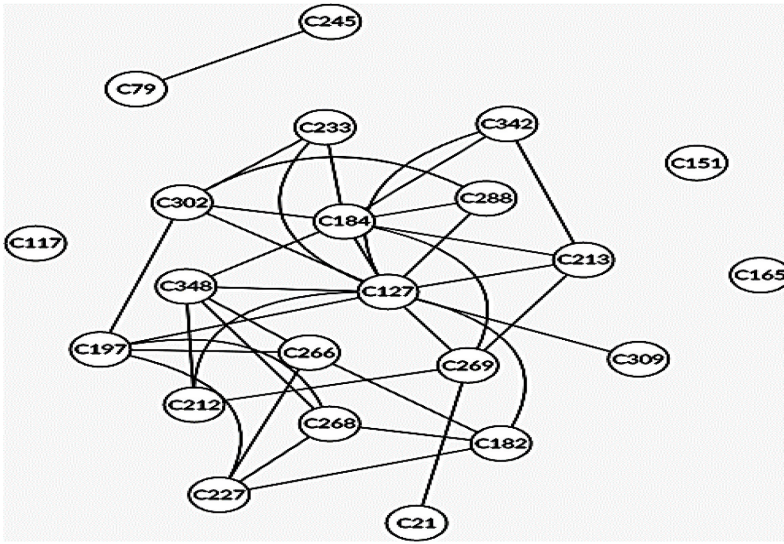
Teniendo en cuenta los temas desarrollados dentro del *caso Yatama vs. Nicaragua*, esta sentencia se ha visto incluida en los distintos espacios convencionales que se han creado a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, frente a las distintas disposiciones de los derechos políticos. Es así como, mediante la ayuda de la inteligencia artificial, se obtiene el grafo sobre la conexidad de las sentencias y la influencia de éstas a partir de la cantidad de conexiones.

³² En cuanto a la legalidad, la Corte Interamericana ha explicado que las condiciones y circunstancias generales que autorizan las limitaciones a un derecho humano deben estar claramente establecidas en la ley, entendida ésta tanto en su sentido formal como material (Corte IDH, 2017, párr. 119).

³³ La necesidad se refiere a que la medida sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (Corte IDH, 2016, párr. 147).

³⁴ La Corte Interamericana señala que debe analizarse si la limitación resulta estrictamente proporcional; para cumplir con ello, se debe determinar el grado de afectación de uno de los bienes en juego, la importancia de la satisfacción del bien contrario y si ésta se justifica en la limitación del otro (Corte IDH, 2008, párr. 84).

³⁵ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 206; Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párrs. 174 y 185.



Este grafo evidencia el espacio citacional de los derechos políticos; además, permite identificar los cuatro “clústeres” de sentencias que se convierten en los espacios convencionales, de los cuales el usuario puede determinar los estándares que los Estados parte están obligados a respetar, garantizar y adecuar. Es por ello que dentro de los derechos políticos se encuentran cuatro espacios convencionales, los cuales son el derecho a decidir en asuntos públicos, el derecho a ser elegido, el derecho a elegir y las limitaciones a los derechos políticos.

A. Derecho a ser elegido

Dentro del grupo de sentencias en las cuales la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre esta garantía a ser elegido, consagrada en el artículo 23 convencional, se encuentra el ya mencionado *caso Yatama vs. Nicaragua*, cuestión que es replicada por los casos *Castañeda Gutman vs. México*, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, *López Mendoza vs. Venezuela*, *Luna López vs. Honduras*, *Pacheco León y otros vs. Honduras* y, por último, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

Inicialmente se analizará el *caso Castañeda Gutman vs. México*. Este asunto refiere a la responsabilidad internacional del Estado de México por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo en relación con el impedimento de Jorge Castañeda Gutman para inscribir su candidatura independiente a la

Presidencia de México.³⁶ En esta sentencia se encuentra el desarrollo del derecho a elegir y ser elegido, en donde se confirma lo expuesto por la Corte Interamericana en el caso *Yatama vs. Nicaragua* y que en 2017 es reafirmado en la sentencia del caso *Pacheco León y otros vs. Honduras*.

...el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.³⁷

De acuerdo con lo anterior, es importante destacar que todo ciudadano de los Estados parte de la Convención Americana tiene el derecho convencional a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal, en condiciones de igualdad y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores. Sin embargo, para proteger este derecho, la Corte Interamericana indica que los Estados no sólo tienen las obligaciones generales que establece el artículo 1o. de la Convención Americana, sino que además tienen obligaciones positivas:

El artículo 23 de la Convención Americana establece que sus titulares deben gozar de derechos políticos, pero, además, agrega el término “oportunidades”, lo cual implica que los Estados deben garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva. La Corte señala, como lo ha hecho en otras ocasiones, que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.³⁸

³⁶ Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 199 y 200; Corte IDH, Serie C núm. 233, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, cit., párr. 144; Corte IDH, Serie C núm. 348, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 172.

³⁸ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 195; Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párrs. 145 y 150; Corte IDH, Serie C núm.

La Corte Interamericana establece que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.³⁹ Debido a ello, la búsqueda de la participación política se garantiza de manera activa (elegido) o pasiva (elegir); asimismo, los Estados, en sus estatutos internos, deben crear normas para la efectiva participación de la sociedad, y con ella se cumpliría el objetivo de las sociedades democráticas. Para lograr este fin, uno de los mecanismos en los cuales la Corte Interamericana ha exhortado a los Estados es otorgando posibilidades reales de participación a la oposición. Frente a ello, dicho tribunal interamericano ha expresado:

... es de resaltar que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.⁴⁰

La falta de garantías para la oposición por parte de los gobiernos generó dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana un subespacio convencional frente a la protección del derecho a la vida (artículo 4o. convencional) y los derechos políticos (artículo 23 convencional). Dentro de este

213, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 172; Corte IDH, Serie C núm. 269, *Caso Luna López vs. Honduras*. Sentencia del 10 de octubre de 2013. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrs. 155 y 156; Corte IDH, Serie C núm. 342, *Caso Pacheco León y otros vs. Honduras*. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 111.

³⁹ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 145; Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 108; Corte IDH, Serie C núm. 302, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 162.

⁴⁰ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 201; Corte IDH, Serie C núm. 213, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit., párr. 173.

subespacio convencional, tenemos como caso insignia el de *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, el cual se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la ejecución extrajudicial de este senador integrante del partido político Unión Patriótica (opositor del gobierno de la época), así como la falta de investigación y sanción de los responsables.⁴¹ Por ende, frente a casos donde existe una interrelación de derechos, la Corte ha pronunciado lo siguiente:

Si bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por las circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias.⁴²

De acuerdo con esto, la Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen obligaciones positivas frente a personas pertenecientes a la oposición para la protección de sus derechos políticos y el derecho a la vida; en especial, ellos tienen el deber de brindar protección a los miembros de los partidos políticos de oposición, que se encuentren en situaciones de riesgo.⁴³

B. El derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en cargos públicos

Otro estándar de protección dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con respecto a los derechos políticos, es el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en cargos públicos. Este tema se ha desarrollado por parte de la Corte Interamericana en los casos de altos tribunales internos contra Estados, como Ecuador, Venezuela, entre otros. Es por ello que la Corte señala que las “condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación”.⁴⁴

⁴¹ Corte IDH, Serie C núm. 213, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit.

⁴² Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 144; Corte IDH, Serie C núm. 213, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit., párr. 171.

⁴³ Corte IDH, Serie C núm. 213, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, cit., párr. 100; Corte IDH, Serie C núm. 269, *Caso Luna López vs. Honduras*, cit., párr. 157.

⁴⁴ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 200; Corte IDH, Serie C núm. 182, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Vene-*

La Corte Interamericana, en casos como *Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela* y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, aclaró que el artículo 23.1.c no garantiza la vinculación, sino la igualdad en el acceso a los cargos de carácter público y mantenerse en ellos.⁴⁵ Para cumplir con el fin de una igualdad real, se ha establecido que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos”, y que “las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho”.⁴⁶ Frente a estos casos, respecto de la protección de los derechos políticos en los funcionarios judiciales, éstos deben contar con plena autonomía e independencia de cualquier injerencia de los gobiernos nacionales y los partidos políticos. Por lo tanto, se debe garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo frente a toda injerencia o presión política.

C. El derecho a participar en asuntos públicos

Con relación al derecho de participación desde la esfera social, la Corte Interamericana ha emitido decisiones en dos tipos de casos: en los que se protegen el derecho al voto y también con respecto a los derechos de las comunidades indígenas y tribales interrelacionados con el derecho a participar en asuntos públicos, donde se encuentran el derecho a recibir información y el derecho de propiedad colectiva de las comunidades. La Corte Interamericana define, de manera general, al derecho de participación sobre asuntos públicos de la siguiente forma:

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de

zuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 150.

⁴⁵ Corte IDH, Serie C núm. 177, *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Fondo, reparaciones y costas; Corte IDH, Serie C núm. 268, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

⁴⁶ Corte IDH, Serie C núm. 177, *Caso Kimel vs. Argentina*, cit., párr. 206; Corte IDH, Serie C núm. 182, *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*, cit., párr. 138; Corte IDH, Serie C núm. 233, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, cit., párr. 135.

los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.⁴⁷

Frente al derecho a elegir, se infieren los dos modelos de democracia o de participación ciudadana: la democracia representativa y la democracia participativa. En cuanto a la primera, se define como aquella que reside en la soberanía del pueblo y en la que las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas mediante el sufragio universal.⁴⁸ Por su parte, la segunda se define como aquella en la que el pueblo ejerce de forma inmediata y directa a las funciones públicas.⁴⁹ Es así como la Corte establece “el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.⁵⁰

En este sentido, la Corte Interamericana amplía el estándar de protección en relación con el derecho a la participación política, debido a que no sólo es una garantía de la persona que se presenta a un cargo, sino también el de la sociedad en general a elegir libremente a sus representantes. Por lo tanto, existe una obligación de los Estados de proveer medidas eficaces para garantizar la realización de procesos electorales adecuados y transparentes,⁵¹ con el fin de que los ciudadanos hagan control político y protejan, a su vez, uno de los fines esenciales de la Convención Americana: la protección de la democracia.⁵²

⁴⁷ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 195; Corte IDH, Serie C núm. 233, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, cit., párr. 163.

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Democracia y derechos humanos en Venezuela”, 2009, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPI SP.htm>.

⁴⁹ Massal, Julie, “Democracia participativa: desafíos y desencantos en el siglo XXI”, *Análisis Político*, Colombia, vol. 23, núm. 69, 2010, pp. 79-91.

⁵⁰ Corte IDH, Serie C núm. 182, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, cit., párr. 147; Corte IDH, Serie C núm. 212, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 107; Corte IDH, Serie C núm. 348, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 111.

⁵¹ Corte IDH, Serie C núm. 177, *Caso Kimel vs. Argentina*, cit., párr. 158.

⁵² Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párrs. 196 y 198; Corte IDH, Serie C núm. 288, *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 221; Corte IDH, Serie C núm. 302, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, cit., párr. 221.

El otro modelo es la democracia participativa, en donde la Corte Interamericana ha desarrollado el estándar frente a los derechos de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas:

...frente a la utilización o explotación de recursos naturales en su territorio tradicional, el Estado debe, para efectos del presente caso, contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos. Lo anterior no solo consiste en un asunto de interés público, sino que también forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana.⁵³

Para ello, la Corte Interamericana ha hecho uso del principio de integridad, interpretando el artículo 7o. del Convenio 169 de la OIT para determinar que la consulta es el mecanismo más adecuado para la participación de las comunidades indígenas.⁵⁴

Se puede concluir, entonces, que el derecho a participar en asuntos públicos se realiza mediante la participación directa de los ciudadanos o a través del voto, al cual tienen derecho todas las personas para elegir sus representantes. También se destaca la protección especial de acuerdo con las costumbres de los pueblos indígenas para la determinación de mecanismos de representación y participación respecto de los asuntos que afectan a sus territorios.

D. *Limitaciones a los derechos políticos*

La regla general es que los derechos humanos no se pueden limitar, restringir o suspender; empero, el parágrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece limitaciones a los derechos políticos, como son por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil

⁵³ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit., párr. 225; Corte IDH, Serie C núm. 309, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 203.

⁵⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 27 de junio de 1989, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---rolima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

o mental, o condena por juez competente en proceso penal.⁵⁵ Frente a estas limitaciones, la Corte Interamericana se ha pronunciado en varias ocasiones, generando estándares para los Estados:

... es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que los titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.⁵⁶

En este sentido, la Corte Interamericana impone un límite legislativo a los Estados frente a las restricciones de los derechos políticos, cuando establece que los Estados tiene legítima libertad de regular este derecho, siempre y cuando las limitaciones sean proporcionales, razonables y necesarias para el cumplimiento de un fin legítimo:

Ahora resta definir si aun cuando la medida sea legal y persiga un fin permitido por la Convención, ella es necesaria y proporcional. Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito, la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido, y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.⁵⁷

Al respecto, existe un consenso regional en cuanto a la necesidad de restringir la participación de los jueces en las actividades político-partidistas, siendo que, en algunos Estados, de forma más general, se prohíbe cualquier participación en política, salvo la emisión del voto en las elecciones. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos no es discrecional y cualquier limitación a los

⁵⁵ OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*

⁵⁶ Corte IDH, Serie C núm. 127, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *cit.*, párr. 155; Corte IDH, Serie C núm. 288, *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 222.

⁵⁷ Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, *cit.*, párr. 184; Corte IDH, Serie C núm. 302, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, *cit.*, párr. 227.

derechos consagrados en la Convención debe interpretarse de manera restrictiva. La restricción de participación en actividades de tipo partidista a los jueces no debe ser interpretada de manera amplia, de forma tal que impida que los jueces participen en cualquier discusión de índole política.⁵⁸

En conclusión, los Estados tienen la libertad de limitar y/o restringir los derechos políticos, pero dentro de las facultades que están explícitas en la Convención Americana; asimismo, dichas limitaciones deben encontrarse en el marco de un juicio de proporcionalidad, que exige que la medida que restringe o limita el derecho corresponda al cumplimiento de un fin legítimo, además de ser necesaria y proporcional.

IV. CONCLUSIONES

Con la aplicación de la inteligencia artificial creada por los grupos de investigación en derecho público de la Facultad de Derecho y “Acceder” de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Militar Nueva Granada, se logró identificar, a partir de un total de 408 sentencias emitidas por la Corte Interamericana, 21 decisiones específicas relacionadas con los derechos políticos, lo que implica un avance significativo en términos de eficiencia en la búsqueda de las sentencias, porque no existió el desgaste de tomar otras decisiones que no tuvieran aplicación directa al derecho humano en estudio.

Asimismo, las sentencias seleccionadas se graficaron de acuerdo con la interactividad de sus citaciones, lo que permitió visualizar con mayor precisión los espacios citacionales, esto es, el grupo de sentencias que han decidido sobre el derecho, además de los niveles de relevancia de las sentencias que se consolidan a través del precedente, es decir, categoriza las sentencias respecto de los niveles de citación; con ello se establecen los estándares convencionales. Esto demuestra la efectividad sobre otros buscadores tradicionales que son utilizados por los usuarios de las sentencias de la Corte Interamericana, que reflejan decisiones que no directamente se relacionan con el derecho en estudio ni la consolidación de los presentes interamericanos.

⁵⁸ Corte IDH, Serie C núm. 184, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, cit., párr. 174; Corte IDH, Serie C núm. 288, *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, cit., párr. 172.

Ahora bien, respecto de los derechos políticos, la herramienta arrojó el *ranking* sobre la sentencia más importante y la más citada, estableciendo que la sentencia del *caso Yatama vs. Nicaragua* era la de mayor citación y la más importante, siendo la sentencia fundadora de línea que describe de forma amplia las garantías de los derechos políticos, y la Corte Interamericana lleva quince años consolidando con este precedente sus estándares convencionales respecto de este derecho. Éstos se reflejaron en la herramienta con la creación de un grafo que ofrece información de conexidad y capacidad de influencia de las sentencias de los derechos políticos, permitiendo establecer los siguientes espacios convencionales: a) el derecho a ser elegido; b) el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en cargos públicos; c) el derecho a participar en asuntos públicos, y d) las limitaciones a los derechos políticos. Por lo tanto, se logró dar respuesta a la pregunta y cumplir con el objetivo de la investigación.

Además, la herramienta identificó conexiones de los derechos políticos con otros derechos convencionales, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, el derecho a la vida y el derecho a la propiedad colectiva. Ello permite sugerir en la próxima versión del sistema semiautomático la posibilidad de generar espacios citacionales de segundo nivel, los cuales surgen de la interacción de dos o más derechos convencionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES-CASALS, María Angélica, “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, núm. 27, 2015.
- BLACK, Henry, “The Principles of Stare Decisis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvania, núm. 34.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, “Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial”, *Estudios de Derecho Judicial*, España, núm. 34, 2001.
- COHEN, Harlan Grant, “International Precedent and the Practice of International Law”, en HELFAND, Michael A. (ed.), *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, Cambridge University Press, 2015.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Democracia y derechos humanos en Venezuela”, 2009, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPISP.htm>.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente, “La justicia de los precedentes: ¿invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 29, núm. 2.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista IUS*, Chile, vol. 5, núm. 28, 2011.
- GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, “El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, España, núm. 4, 2011.
- GONZÁLEZ, Andrés y SANABRIA, Jesús, “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Saber, Ciencia y Libertad*, Colombia, vol. 8, núm. 2, 2013.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, vol. 10, 2008.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo *et al.*, *Derecho internacional público: principios, normas y estructuras*, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 2005, t. 1.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César, “Naturaleza y dimensiones del «*stare decisis*»”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 33, núm. 1, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 2006.
- MASSAL, Julie, “Democracia participativa: desafíos y desencantos en el siglo XXI”, *Análisis Político*, Colombia, vol. 23, núm. 69, 2010.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo, *Introducción general al derecho*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XLVI, núm. 136, 2013.
- QUINCHE, Manuel, *El precedente judicial y sus reglas*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016.

- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “Anatomía del precedente internacional (esbozo para la discusión)”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. III.
- TOTH, Adryan J. W., “Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis”, *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol. 22, 2013.
- WHITTAKER, Simon y BANFI DEL RÍO, Cristian, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 35, núm. 1, 2008.

The Core Elements of Representative Democracy within Inter-American Law

*Los elementos centrales de la democracia
representativa en el derecho interamericano*

*Les éléments fondamentaux de la démocratie
représentative dans le droit interaméricain*

Elizabeth Jiménez Mora*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The Core of the Concept of Democracy*. III. *The Genesis of the Relationship between Representative Democracy and Human Rights in the American States*. IV. *The Elements of Representative Democracy*. V. *Conclusion*. VI. *Acknowledgements*. VII. *Bibliography*.

* Centre for Civil and Political Rights, Switzerland; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1828-7885>, elizabethjm8@hotmail.com.

Artículo recibido el 30 de abril de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 93-123
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: A partir de los instrumentos y acuerdos interamericanos es posible identificar la relevancia de la democracia para los Estados americanos. Sin embargo, la democracia no es un concepto claro, por lo que este artículo presenta los derechos mínimos que deben ser protegidos para considerar un régimen como democrático. Estableciendo la conexión entre la teoría de la democracia y el derecho, se concluye que una democracia representativa requiere que los Estados americanos garanticen algunos estándares mínimos para proteger y garantizar: 1) la igualdad; 2) la libertad de reunión; 3) la libertad de expresión; 4) los derechos políticos, y 5) la independencia judicial. Los cinco elementos mencionados constituyen el núcleo mínimo de la democracia representativa, mas no son los únicos derechos importantes para un régimen democrático.

Palabras clave: democracia, igualdad, libertad de reunión, libertad de expresión, derechos políticos, independencia judicial.

ABSTRACT: From the Inter-American instruments and agreements it is possible to identify the relevance of democracy for the States of the Americas. However, this is not a clear concept, consequently this paper presents the minimum rights that have to be protected in order to consider a regime as democratic. The present paper builds the connection between the theory of democracy and the law, concluding that a representative democracy requires American States to guarantee some minimum standards to protect and guarantee: 1) equality; 2) freedom of assembly; 3) freedom of expression; 4) political rights, and 5) judicial independence. The five elements mentioned constituted the minimum core of representative democracy, but they are not the only rights important for a democratic regime.

Key words: democracy, equality, freedom of assembly, freedom of expression, political rights, judicial independence.

RÉSUMÉ: À partir des instruments et accords interaméricains, il est possible d'identifier la pertinence de la démocratie pour les États des Amériques. Cependant, ce concept n'est pas clair, par conséquent ce document présente les droits minimums qui doivent être protégés afin de considérer un régime comme démocratique. Le présent document établit le lien entre la théorie de la démocratie et le droit, en concluant qu'une démocratie représentative exige des États américains qu'ils garantissent certaines normes minimales pour protéger et garantir: 1) l'égalité; 2) la liberté de réunion; 3) la liberté d'expression; 4) les droits politiques, et 5) l'indépendance judiciaire. Les cinq éléments mentionnés constituaient le noyau minimum de la démocratie représentative, mais ce ne sont pas les seuls droits importants pour un régime démocratique.

Mots-clés: démocratie, égalité, liberté de réunion, liberté d'expression, droits politiques, indépendance judiciaire.

I. INTRODUCTION

Every individual should say the phrase of Louis XIV: “I am the state”.

Rudolf von IHERING

For the States of the Americas, democracy has been a huge concern. However, there is no clear definition and understanding of what democracy is, and as a consequence democracy has become a tool of propaganda. As George Orwell said,

...[i]n the case of a word like democracy, not only is there no agreed definition, but the attempt to make one is resisted from all sides. It is almost universally felt that when we call a country democratic, we are praising it: consequently, the defenders of every kind of régime claim that it is a democracy, and fear that they might have to stop using the word if it were tied down to any one meaning. Words of this kind are often used in a consciously dishonest way.¹

Precisely because of the accuracy of the affirmation made by George Orwell, the present work will identify and develop the necessary elements that constitute a representative democracy in the American countries, under international law.

Democracy could be argued as a universal concept, right or form of government, depending on the view from which it is studied. Example of this is the shy implied mention of it in the Universal Declaration on Human Rights in its article 21.² In recent years experts have made reference to seven-

¹ Orwell, George, “Politics and the English Language”, *A Collection of Essays*, United States of America, Harcourt Brace Jovanovich, 1946, p. 162.

² Article 21 of the Universal Declaration establishes that: (1) Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives. (2) Everyone has the right of equal access to public service in his country. (3) The will of the people shall be the basis of the authority of government; this will shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

ral types of democracy. This can actually be seen in the systems that measure levels of democracy of States around the world, such as Varieties of Democracy (hereinafter V-Dem), which measures liberal democracy, electoral democracy, egalitarian democracy, deliberative democracy and participatory democracy.³

These multiple meanings can lead to the use of the word in a dishonest way by governments, presidents and candidates, as was explained by Orwell. However, the problem is not the number of definitions, because actually this responds to the fact that society evolved, and elements are continuously added to the definition in order to give answer to the new realities. The problem is that the core and basic requirements of a democracy are not necessarily clear, so it is easy to use an emblematic word such as democracy in a speech and play with the factors or elements that fit the ideas of the person that used it, even if this ideas violates the basic elements that constituted a democracy.

The American States, given their particular interest in the topic, have made many international efforts towards the protection and promotion of democracy within the continent. For this reason, it is essential to understand what are the basic elements that constitute a representative democracy in the Americas through an analysis of the concept since its beginnings until now. The present paper will build the connection between the theory of democracy and the law, studying the approximation that Regional Systems have given to these main components. These do not have to be understood such as that democracy have only the elements that are going to be analyze in the paper, the aim of it is to present the core elements of democracy and its development in the Americas perspective.

To make this analysis, the present paper will present first the core elements of the concept of democracy through an analysis of its origins and its philosophical development. Second, it is going to analyze the genesis of the relationship between representative democracy and human rights in the American States, given that representative democracy is within the wording of the Inter-American instruments. Third, reference will be made to the elements of representative democracy for the American States. These will lead to conclude that the core of representative democracy, under the Inter-American System and the international obligations of the American States, is constituted by 1) equality, 2) freedom of assembly, 3) freedom of expres-

³ Official Website of Varieties of Democracy, available at: <https://www.v-dem.net/es/>.

sion, 4) political rights and 5) judicial independence American States. States have to protect at least these rights to be consider a democracy, which by any means can be interpreted as the only rights important for a democratic regime or as an excuse to violate other human rights necessary for a healthy democracy.

II. THE CORE OF THE CONCEPT OF DEMOCRACY

Democracy is one of the best examples of an “essentially contested” concept because its meaning is object of endless dispute.⁴ Several definitions have been written around this concept. Going back to the core of the meaning, democracy is a Greek word that means “ruled by the people”. The Greeks invented the idea, the word, and its practice.⁵ Athens practiced direct democracy, meaning that their citizens, which at that moment were just some men, where directly involved in the ruling of the State, instead of being represented by others.⁶ However, as Harrison pointed out, Greek citizens had time to discuss, and participated in their society through direct democracy because they had slaves.⁷ They understood democracy as self-government or autonomy of the community (*polis*).⁸ Even when they didn’t consider women and slaves as citizens, between whom they considered citizens, they were equal before the law. This was one most of the important values of their democracy.⁹

Aristotle placed the critique that in this model a “democracy serves the interest of the majority and not the people as a whole”.¹⁰ For this reason, he explores the idea of “polity”,¹¹ that can be translated to constitutional

⁴ Coppedge, Michael, *Democratization and Research Methods*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 11.

⁵ Harrison, Ross, *Democracy*, London-New York, Routledge, 1993, p. 2; Lakoff, Sanford, *Democracy: History, Theory, Practice*, New York, Westview Press, 1996, p. 37.

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ *Idem*.

⁸ Lakoff, Sanford, *op. cit.*, p. 37.

⁹ Harrison, Ross, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹¹ Dahl, Robert, *Democracy and its Critics*, Yale University, 1989, pp. 14-18.

government. This would be a democracy also ruled by the majority but favoring the common interest and their idea of what is just. In his understanding, justice is connected with equality, and this was one of the most important values of democracy.¹²

This understanding of democracy then changes with the Romans and the latter Republicanism. In Roman republicanism, “the public opinion had only a restricted role in which power was divided among different assemblies, with an aristocratic senate”.¹³ For them the ultimate authority was in their citizens, that excluded women, but they divided legislative and elective authority and the popular assemblies voted by group rather than by individual suffrage.¹⁴ Through this means, Roman republicanism tried to find the balance between the sharing power among the major groups composing society and the respect of the social hierarchy.¹⁵ The ideology of the Roman republicanism was that *Libertas* or freedom “consist not in the power of do as one pleases but to live according to the law which applies equally to all, and the law is respected because it is understood to be extremely advantageous to all”.¹⁶ Even with social hierarchy, the Christian teaching was present and its greatest implication for democracy was that “humanity was created in the image of God, all humans are of equal worth in the sight of God”.¹⁷ The acceptance of equality was understood as a spiritual equality different from the earthly hierarchy,¹⁸ but still the sense of this latter principle was present at the time.

The next important step of democracy in history comes with Locke and Rousseau, who didn’t necessarily make reference to the term democracy. However, their theories are applicable to the analysis of the concept because they share values with the initial concept of democracy. John Locke claimed that men are by nature free, equal and independent and that a State of liberty implies that people are free to act without government interference.¹⁹ However, for him, men seek “to preserve this original liberty and

¹² Harrison, Ross, *op. cit.*, p. 31.

¹³ Lakoff, Sanford, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 79.

¹⁷ *Ibidem*, p. 90.

¹⁸ *Ibidem*, p. 92.

¹⁹ Harrison, Ross, *op. cit.*, p. 49.

equality on entry into political society”.²⁰ For this reason, an adequate State must grant equal respect of such rights to all the. For this purpose, people have the right to rebellion or revolution against a government that does not preserve their rights.²¹ As Locke establishes: “...when any number of Men have, by the consent of every individual, made a Community, they have thereby made that Community one Body, with a Power to Acts as one Body, which is only by the will and determination of the majority”.²²

Rousseau was focused on liberty and equality as well. However, the concept of liberty between Locke and Rousseau is different, because for Locke, freedom is understood in a “negative” way. It is essentially being left alone. On the other hand, freedom according to Rousseau is “positive” in the sense that someone will be free only if she or he are capable to do certain things.²³ According to Rousseau, each person puts his power under the supreme direction of the general will, making the difference between general will and the will of all. With this argument, Rousseau remarks that the general will considers the common interest and the will of all is just a sum of particular wills.²⁴ He establishes that:

...the social compact sets up among the citizens an equality of such kind, that they all bind themselves to observe the same conditions and should therefore all enjoy the same rights. Thus, from the very nature of the compact, every act of sovereignty, i.e. every authentic act of general will, binds or favours all the citizens equally.²⁵

Tocqueville meanwhile talks about political passions. “In a large republic”, he declared: “political passions become irresistible, not only because the object they pursue is immense, but more because millions of men feel them in the same way at the same moment”.²⁶ Drescher explains that for Tocqueville “consciously or unconsciously modern man was choosing between the patriotism of all and rule by the few, «for one cannot unite the force and the social activity rendered by the first with the guarantees of tranquility

²⁰ *Ibidem*, p. 50.

²¹ *Ibidem*, p. 49.

²² *Ibidem*, p. 47.

²³ *Ibidem*, p. 53.

²⁴ *Ibidem*, pp. 54 and 55.

²⁵ *Ibidem*, p. 56.

²⁶ Drescher, Seymour, “Tocqueville’s Two Democracies”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 25, no. 2, 1964, p. 203.

sometimes provided by the second».²⁷ In 1835, Tocqueville talked about the tyranny of the majority when it is excessive power of the people. In this sense, he concludes that the omnipotence of the majority stated “by the misuse of their power and not by impotence that democratic republics were exposed to destruction”.²⁸ He explains the “great triumph of America had been its ability to «confine within a narrow sphere the turbulent ambition of its citizens»”²⁹ by “creating vigorous institutions of local government, by balancing political mobility against a fixed religious morality, and by fostering the habit of regulated public activity to control worse appetites and ambitions”.³⁰

In relation to this, it is important to mention what John Stuart Mill pointed out. Mill didn’t agree with “Tocqueville’s view that democracy must inevitably mean majority rule”,³¹ because that will cause “class legislation”. For that reason, he explained that suffrage is not enough to guarantee that people will govern themselves or that the legislator would promote their personal interests.³² He proposed proportional representation, to control the majority; “weighted voting, to allowed the educated greater influence”; and widespread participation in government, to ensure that everyone participated in self-governance.³³ In consequence, “Mill’s aim was to propose a system of representative government combining competence and participation”.³⁴

It is also important to make reference about Marx and Hegel and their positions towards democracy. Both authors contradict many of the affirmations made by the philosophers mentioned before, so it is important to analyze their alternative way of thinking about democracy. Marx had three basic points regarding democracy. First, he argues that “democracy represents more than a set of legal forms or procedures, realizing «the essence of every state» in such a way that other constitutional forms appear by contrast as merely juridical entities”.³⁵ Second, he states that democracy “does

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Lakoff, Sanford, *op. cit.*, p. 121.

³² *Ibidem*, p. 122.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ Springborg, Patricia, “Karl Marx on Democracy, Participation, Voting, and Equality”, *Political Theory*, vol. 12, no. 4, 1984, p. 538.

not require the participation of all members of society as individuals in the decision-making process and that, therefore, the debate over the relative merits of direct or representative democracy is misdirected”.³⁶ Finally, Marx argues that “political participation turns not on the function of deputies or representatives but rather on political suffrage”.³⁷

On the other hand, Hegel, as Montesquieu, argues that democracy is based on the principle of virtue and therefore it depends on the sense of duty, and this constitutes a weakness of democracy.³⁸ For him “the sovereignty of the people is one of the confused notions based on the wild idea of the «people». Taken without its monarch and the articulation of the whole, which is the indispensable and direct concomitant of monarchy, the people is a formless mass and no longer a State”.³⁹

From the aforementioned ideologies, it is possible to identify common elements. Only Hegel presents a totally different approach which is difficult to reconcile with the essence of democracy since its origins, society “ruled by the people”. Four common elements are present in the rest of the ideologies, equality, freedom, common will and self-government (according to the meaning of the word), understanding this through direct participation or representative participation.

The content of these common aspects may present some difficulty. First, differences existed in concepts such as freedom as was explained before between Rousseau and Locke. Second, equality may have different implications for the Greeks than now. For example, slavery is currently prohibited, and women are an essential part of society, so equality is broader than then. Third, common will may present difficulties in order to avoid understanding it as the will of the majorities affecting the rights of the minorities. Due to the differences mentioned, it is important to attempt to define democracy today. The aforementioned elements are going to be analyzed in detail later in the paper.

To understand how we define democracy now, it is useful to make reference to those systems created to measure democracy, given that they are created based on several definitions of democracy. Michael Coppedge is one

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibidem*, p. 540.

³⁹ *Idem.*

of the main investigators of Varieties of Democracy Project that was created for this purpose in 2011, and in his book *Democratization and Research Methods* he makes a great explanation of the difficulty to define democracy.⁴⁰

Coppedge explains that even when it is possible to identify different types of definitions of democracy, all of them fit into “one of six overlapping models: socioeconomic, people’s participatory, representative, liberal and deliberative democracy”.⁴¹ He explains that socioeconomic democracy “emphasizes the equalization of wealth, income, and status, both as a prerequisite for political equality and as an end in itself”.⁴² Participatory democracies put main emphasis on the value of citizen involvement, further than just elections, because society and citizens will benefit from this participation.⁴³ On the other hand, deliberative democracy focuses on representation and participation, by promoting well-informed discussions of everything that could be of public interest.⁴⁴

Representative democracy is present in all the democratic national states today in one way or another, because this type of democracy contains a “range running from popular sovereignty to liberal democracy”.⁴⁵ It considers the principle of popular sovereignty as a cornerstone, which holds that the majority rules, so whatever people want should become law.⁴⁶ Finally, liberal democracy seeks to limit the power of the majority by guaranteeing some fundamental rights of individuals (and sometimes groups) and by creating constitutional checks on executive, legislative, and judicial powers.⁴⁷

From the models mentioned by Coppedge, it is possible to identify the key components of democracy resulting from its origins, overlapping one another and leading towards a final definition of democracy. Equality derives from the socioeconomic definition. The common will from the liberal democracy worries about controlling the power of the majority. Participa-

⁴⁰ Coppedge, Michael, *op. cit.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Idem*; Pateman, Carole, *Participation and Democratic Theory*, Australia, Cambridge University Press, 1970.

⁴⁴ Coppedge, Michael, *op. cit.*, p. 12; Held, David, *Models of Democracy*, 3rd. ed., Great Britain, Stanford University Press, 2006.

⁴⁵ Coppedge, Michael, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

tory democracies seek a benefit from the participation of the citizens for the society. Self-government can be identified in participative, deliberative, and representative democracies. Finally, the right to freedom can be derived from the liberal democracy that is concerned about fundamental rights of individuals.

In conclusion, four elements were and are present through all the definitions of democracy: 1) equality, 2) freedom, 3) common will, and 4) self-government through direct or representative participation. As was mentioned before, some challenges can appear trying to give a universal definition of each of these elements that reconcile all the particularities that were given by each philosopher in a specific moment in history.

To further address that difficulty, it is important to make reference to a regional approximation to democracy, to take a look of how the development of democracy in the American continent and its definition has been.

III. THE GENESIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN THE AMERICAN STATES

Dating back to the firsts Inter-American conferences, the American States have had shown particular concern about democracy and its promotion in the region.⁴⁸ In the Charter of the Organization of American States (hereinafter also OAS Charter) in April of 1948 (amended in 1967, 1985, 1992 and 1993), the States of the Americas recognized the importance of democracy. In the preamble of the mentioned Charter the States established “that representative democracy is an indispensable condition for the stability, peace and development of the region”. They acquired the obligation of the States to “promote and consolidate representative democracy” in article 2 of the Charter.

However, the definition of democracy doesn’t appear in the Charter. The only approximation that the Charter has to give content to this obligation,

⁴⁸ Arrighi, Jean Michel, “El sistema interamericano y la defensa de la democracia”, *Agenda Internacional*, vol. 16, no. 27, 2009, pp. 69-94; Muñoz, Heraldo, “International Organizations and Democracy: The OAS and Democratic Governance”, *Journal of Democracy*, vol. 4, no. 3, 1993, pp. 29-38.

comes from article 3 of the Charter of the OAS, which establishes the principle that required the States to fight against extreme poverty as part of its obligations of promotion and consolidation of democracy.

Nevertheless, at the gates of the Cold War, the Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs of the OAS was held in Santiago, Chile, in 1959. The Declaration that results from this meeting, defined some elements that could determine what constitutes a “representative democracy”. The Declaration establishes that to be a representative democracy, the following components are required:

1. The principle of the rule of law must be ensured by the independence of the powers and the control of the legality of the acts of the government by State jurisdictional organs.
2. The governments of the American republics must arise from free elections.
3. The perpetuation of power, or the exercise of power without a fixed term and with a manifest purpose of perpetuation, are incompatible with the exercise of democracy.
4. The governments of the American States must maintain a regime of individual freedom and social justice based on respect for the fundamental rights of the human person.
5. Human rights embodied in the legislation of the American States must be protected by effective judicial means.
6. The systematic use of political proscription is contrary to the American democratic order.
7. Freedom of the press, radio and television, and in general the freedom of information and expression are essential conditions for the existence of a democratic regime.
8. The American States, in order to strengthen democratic institutions, must cooperate with each other to the extent of their resources and within the terms of their laws to consolidate and develop their economic structure, and in order to achieve fair and humane living conditions for their people.⁴⁹

This Declaration settled the first direct connections between established human rights and democracy. But it is not until the American Convention

⁴⁹ Fifth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, Declaración de Santiago de Chile, Santiago (Chile), 1959, available at: <https://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>.

on Human Rights of December of 1969, that States settled in a binding document a clear relationship between some human rights, such as the rights of freedom of assembly and freedom of association, and a democratic society.⁵⁰

The relevance that democracy has for the States of the Americas is especially reflected in the Resolution 1080 of the General Assembly of the OAS in which States agree the possibility to impose sanctions among a State that don't respect democracy. This resolution state that the Secretary General has the possibility to ask the Permanent Council of the OAS to summon an immediate meeting to analyze and decide a situation in a country that generates an irregular interruption of a democratic government in one of the States of the OAS.⁵¹ From this meeting sanctions can be imposed to States as occurred already in Haiti in 1991, Perú in 1992 and Guatemala in 1993.⁵²

In 2001 the member States of the OAS adopted in a special session of the General Assembly, the Inter-American Democratic Charter (hereinafter also Democratic Charter).⁵³ The main purpose of this Inter-American instrument is being a tool to “update, interpret and apply the OAS Charter in topics of representative democracy”.⁵⁴ Article 1 of the Democratic Charter recognized expressly democracy as a right of the people of the Americas that

⁵⁰ Article 15 of the American Convention establish: “The right of peaceful assembly, without arms, is recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others”.

Article 16(2) of the American Convention establish: “The exercise of this right shall be subject only to such restrictions established by law as may be necessary in a democratic society, in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights and freedoms of others”.

⁵¹ General Assembly of the OAS, “Representative Democracy”, Resolution 1080 of June 5 of 1991, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), operative paragraph 1, available at: <https://www.oas.org/juridico/spanish/res-1080.htm>.

⁵² To see the details of the cases, go to Arrighi, Jean Michel, *op. cit.*

⁵³ OAS, “Tenth Anniversary of the Inter-American Democratic Charter was Commemorated in Chile with a Renewed Commitment of the Americas with Democracy”, 2011, available at: https://www.oas.org/En/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-816/11.

⁵⁴ Inter-American Juridical Committee, “Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana”, Resolution CJI/RES (LXXXV-O/09), August 12, 2009, p. 604, available at: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5130/30.pdf>.

had to be protected by governments.⁵⁵ So, since 2001 it is possible to identify democracy not only in relation with human rights, but as a right itself.

However, the Democratic Charter doesn't define the scope of the right to democracy. Articles 3 and 7 of the Charter settle in a clear and direct way the relationship between human rights and democracy in different ways. Article 7 establishes that "[d]emocracy is indispensable for the effective exercise of fundamental freedoms and human rights in their universality, indivisibility and interdependence, embodied in the respective constitutions of states and in Inter-American and international human rights instruments". From this article it seems that democracy is a means for the compliance of human rights.

Nevertheless, article 3 of the Democratic Charter lists elements of representative democracy, leaving open the question if this means that the right to democracy is composed by others human rights. Article 3 establishes that the essential elements of representative democracy include: 1) respect for human rights and fundamental freedoms; 2) access to and the exercise of power in accordance with the rule of law; 3) the holding of periodic, free, and fair elections based on secret balloting and universal suffrage; 4) the pluralistic system of political parties and organizations, and 5) the separation of powers and independence of the branches of government.⁵⁶ However, the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter also IACoHR or Inter-American Court) interpreted article 3 of the Democratic Charter as the establishment of "the relationship between human rights, representative democracy and political rights",⁵⁷ and not considering democracy as a right necessarily. In this sense, the Inter-American Court had established that "[r]epresentative democracy is a determinant factor of the entire system of

⁵⁵ The article 1 of the Inter-American Democratic Charter establish: "The peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to promote and defend it. Democracy is essential for the social, political, and economic development of the peoples of the Americas".

⁵⁶ The article 3 of the Inter-American Democratic Charter establish: "Essential elements of representative democracy include, inter alia, respect for human rights and fundamental freedoms, access to and the exercise of power in accordance with the rule of law, the holding of periodic, free, and fair elections based on secret balloting and universal suffrage as an expression of the sovereignty of the people, the pluralistic system of political parties and organizations, and the separation of powers and independence of the branches of government".

⁵⁷ I/A Court H.R., *Case of Castañeda Gutman v. Mexico. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs*, Judgment of August 6, 2008, Series C No. 184, para. 142.

which the Convention forms part», and constitutes «a ‘principle’ reaffirmed by the American States in the OAS Charter, a basic instrument of the Inter-American system»⁵⁸.

In conclusion, after identifying the relevant Inter-American instruments, it is still not clear if democracy is a right or a means to make human rights effective. Nevertheless, it is clear that since the first Inter-American efforts, the relationship between human rights and democracy is present. From the Declaration of Santiago, Chile and the Democratic Charter it is possible to establish that the American States settled as elements of the democracy that they are promoting and protecting: 1) Rule of Law; 2) periodic, free, and fair free elections, requisite that include the necessity of fixed terms of mandates of the presidents establishing periodic elections, based on secret balloting and universal suffrage; 3) respect for human rights such as freedom of information, freedom of expression, freedom of association and social justice based on fundamental rights and its justiciability; 4) a pluralistic system of political parties and organizations, and 5) the separation of powers and independence of the branches of government.

IV. THE ELEMENTS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY

It is possible to make reference about some necessary elements for representative democracy in the American Continent, from the general overview of the core elements of democracy and the characteristics that the American States gave to the definition of representative democracy. Some of the elements of both views of democracy are repeated, exemplifying that the concept maintains a core and through time additional elements have been added to it.

First, the core of the definition incorporates equality. This could be reflected on the definitions of the Inter-American agreements, within their con-

⁵⁸ I/A Court H.R., *The Word “Laws” in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-6/86 of May 9, 1986, Series A No. 6, para. 34; I/A Court H.R., *Case of Castañeda Gutman v. Mexico...*, *cit.*, para. 141; I/A Court H.R., *Entitlement of Legal Entities to Hold Rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and Scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador*, Advisory Opinion OC-22/16 of February 26, 2016, Series A No. 22, para. 31.

cern to guarantee social justice based on fundamental rights, even through international cooperation.

Second, the core elements include freedom, and the American components include within this concept the freedoms of information and expression of the citizens, for instance.

Third, the requirement of “common will” understood as the interest of the common good is strongly related to rule of law, separation of powers and independence of the branches of the government.

Finally, the element of self-governance can be seen in the element of periodic, free, and fair free elections based on secret balloting and universal suffrage. We would be understanding this component through representation and not necessarily direct participation in the ruling of the society.

The Inter-American States add the requisite of pluralistic system of political parties and organizations.

These elements are going to be analyzed in relation to the Inter-American standards in each topic.

1. *Equality*

Equality must be understood in two different ways, as a descriptive and as a normative concept. Equality in the descriptive sense is “an adjectival relation between entities that are identical in some specific respect”.⁵⁹ Equality as a normative concept “is the notion that there is some special respect in which all human beings are in fact equal (descriptive) but that this factual equality requires that we treat them in a special way”.⁶⁰ For this paper, the main concern will be equality as a normative concept.

The Inter-American Court establishes that the notion of equality

...derives directly from the unity of the nature of the human race and is inseparable from the essential dignity of the person, against which the whole situation which, in relation to a given group, leads to treat it with privilege; or that, conversely, considering it inferior, dealing with hostility or in any way what discriminates the

⁵⁹ Machan, Tibor R., *Liberty and Equality*, United States of America, Hoover Institution Press (Stanford University), 2002, p. 1.

⁶⁰ *Idem*.

relationships of rights that are recognized to those who do not consider themselves involved in such a situation.⁶¹

In relation to this, the States have the international duty to abstain of any action that can cause *de jure* or *de facto* discrimination,⁶² this in accordance with the *ius cogens* principle of equality.

However, to address equality in a comprehensive way today could be harder than in the Greek times. During the Greek's time, as was explained before, they just didn't consider women and slaves as citizens, but our societies are still working in the inclusion of all the members of the society. The efforts of the States and international organizations to fight inequality is a long fight that has been taking place since years ago. Several groups in position of vulnerability suffered consequences because of unequal practices and realities in different countries. The fight for equality in the enjoyment of rights of women, of indigenous communities, persons in condition of poverty and other vulnerable populations, is something that until now, advocates all around the world are still fighting for.

This topic is particularly concerning given that up to 2017 "Latin America and the Caribbean remain the most unequal regions in the world, with an economic inequality gap that reinforces social and gender inequalities, despite the economic growth over the last decade".⁶³ For this reason, concerns about inequality and obligations of the State to fight it are found in almost

⁶¹ I/A Court H.R., *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Series A No. 4, para. 55; I/A Court H.R., *Case of Duque v. Colombia. Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 21, 2016, Series C No. 322, para. 109; I/A Court H.R., *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination with Regard to Same-Sex Couples. State Obligations in relation to Change of Name, Gender Identity, and Rights Deriving from a Relationship between Same-Sex Couples (Interpretation and Scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-24/17 of November 24, 2017, Series A No. 24, para. 61.

⁶² I/A Court H.R., *Case of Flor Freire v. Ecuador. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of August 31, 2016, Series C No. 315, para. 110; I/A Court H.R., *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination with Regard to Same-Sex Couples...*, *cit.*, para. 61.

⁶³ IACHR, *Poverty and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, September 7, 2017, para. 105. See also, World Bank, *Working to End Poverty in Latin America and the Caribbean. Workers, Jobs, and Wages*, June 2015. In this regard, the State of Argentina points out that this report uses the SEDLAC (CEDLAS and the World Bank) database for 2007-2015 (State of Argentina, Input for the IACHR Preliminary Report on "Poverty, Extreme Poverty, and Human Rights in the Americas", February 6, 2017, p. 4). Thematic Hearing on tax policy and human rights, 156th

all the aspects of human rights, as economic, social and cultural rights, rights of women, rights of indigenous communities, etc. Nevertheless, given the word limit, for the purposes of the present paper, equality is going to be analyzed only in the sense that it is relevant under the other rights that were recognized by the States as part of representative democracy.

2. *Freedom of Expression and Freedom of Assembly*

This right is protected in several international instruments,⁶⁴ putting in evidence the fundamental importance of this right. The relevance of this right for a democratic society was recognized by principle one of the Declaration of Principles on Freedom of Expression that establishes that freedom of expression “is an indispensable requirement for the very existence of a democratic society”. In the same sense, article 4 of the Democratic Charter recognizes the importance of this right for a democratic society.⁶⁵

Freedom of expression is a right contemplated on article 13 of the American Convention on Human Rights (hereinafter also American Convention) also, and this right has had a huge development in the Inter-American System. Article 13 establishes that “everyone has the right to freedom of thought and expression” and that “this right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one’s choice”.⁶⁶

period of sessions of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), Washington, D. C., October 2015.

⁶⁴ Article 19 of the Universal Declaration on Human Rights, article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 4 of the American Declaration on the Rights and Duties of Man, article 13 of the American Convention on Human Rights, and Article 4 of the Inter-American Democratic Charter.

⁶⁵ Article 4 of the Inter-American Democratic Charter establish: “Transparency in government activities, probity, responsible public administration on the part of governments, respect for social rights, and freedom of expression and of the press are essential components of the exercise of democracy. The constitutional subordination of all state institutions to the legally constituted civilian authority and respect for the rule of law on the part of all institutions and sectors of society are equally essential to democracy”.

⁶⁶ See also I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Articles 13 and 29 of the American Convention of Human Rights)*, Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A No. 5, para. 30; I/A Court H.R., *Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of August 31, 2004, Series C

This right has three main characteristics. First, as it is established by the mentioned article, it is a right of every person and it can't suffer prior censorship. Article 13 establishes only two exceptions to this rule are accepted and have to be reasons 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. In this sense, the Inter-American Court established that this right has to be exercised in a context of respect and safeguard of all other fundamental rights and in this harmonization the State has a main role defining the responsibilities and penalties that may be necessary for this purpose.⁶⁷

Second, this right has both, an individual and a social dimension and both dimensions must be fully guaranteeing simultaneously.⁶⁸ Consequently, freedom of expression requires that no one suffers censorship arbitrarily from expressing his own thoughts and also, that everyone can receive any information and thoughts expressed by others.⁶⁹

Finally, the third element of the right to freedom of expression is that given that this right is essential for a democratic society, the limitations imposed to it must be established by law,⁷⁰ that the right can be limited only through the imposition of sanctions after an abuse but not before the exercise of the right⁷¹ and limits established must be in accordance to needs compatible with the American Convention itself.⁷² The need implies the existen-

No. 111, para. 77; I/A Court H.R., *Case of Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of May 2, 2008, Series C No. 177, para. 53.

⁶⁷ I/A Court H.R., *Case of Kimel v. Argentina...*, *cit.*, para. 53; I/A Court H.R., *Case of Tristán Donoso v. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of January 27, 2009, Series C No. 193, para. 112.

⁶⁸ I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice...*, *cit.*, paras. 31 and 32; I/A Court H.R., *Case of Granier et al. (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of June 22, 2015, Series C No. 293, para. 135; I/A Court H.R., *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, para. 67.

⁶⁹ I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice...*, *cit.*, para. 30; I/A Court H.R., *Case of Granier et al. (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela...*, *cit.*, para. 136.

⁷⁰ I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice...*, *cit.*, para. 40.

⁷¹ *Ibidem*, para. 39.

⁷² I/A Court H.R., *Case of Kimel v. Argentina...*, *cit.*, para. 56; I/A Court H.R., *Case of Fontecchia and D'Amico v. Argentina. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 29, 2011, Series C No. 238, para. 50.

ce of an “imperious social need”, particularly in matters of public interest, because it “is a cornerstone of the very existence of a democratic society”.⁷³

The Special Rapporteur on Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter also IACHR) stated that “in a democratic society, given the importance of monitoring the conduct of public affairs through opinion, there is a narrower margin for any restriction of political debate or discourse on matters of public interest”.⁷⁴ In this sense, the IACoHR establishes that “without an effective guarantee of freedom of expression the democratic systems is weakened and there is a breakdown of pluralism and tolerance; the mechanisms of control and complaint that citizens have may become inoperable and, indeed, a fertile ground is created for authoritarian systems to take root”.⁷⁵

It is important to mention the relevant relationship between freedom of expression and freedom of assembly. The IACoHR recognized the right to defend democracy as a “specific manifestation of the right to take part in public affairs and... the exercise of other rights such as freedom of expression and the right of assembly”.⁷⁶

Article 15 of the American Convention recognizes “the right of peaceful assembly, without arms”. In relation to this right, the IACoHR establishes that the “ability to protest publicly and peacefully is one of the most accessible ways to exercise the right to freedom of expression, and can contribute to the protection of other rights”.⁷⁷ For this reason, the right of assembly is a

⁷³ I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice...*, cit., para. 70; I/A Court H.R., *Case of Granier et al. (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela...*, cit., para. 140; I/A Court H.R., *Case of Carvajal Carvajal et al. v. Colombia. Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 21, 2018, Series C No. 365, para. 174.

⁷⁴ IACHR, *Inter-American Legal Framework Regarding the Right to Freedom of Expression*, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, OEA/Ser.L/V/II/CIDH/RELE/INF.2/09, December 30, 2009, para. 36; IACHR, *Annual Report 2018*, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 30, March 17, 2019, para. 13.

⁷⁵ I/A Court H.R., *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of July 2, 2004, Series C No. 107, para. 116; I/A Court H.R., *Case of Granier et al. (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela...*, cit., para. 140.

⁷⁶ I/A Court H.R., *Case of López Lone et al. v. Honduras. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of October 5, 2015, Series C No. 302, para. 164.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 167. See also, United Nations, Resolution of the Human Rights Council on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests, A/HRC/RES/19/35, March 23, 2012; Resolution of the Human Rights Council on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests, A/HRC/RES/22/10, March

basic right in a democratic society and hence has to be protected. Similar to the right of freedom of expression, any restriction to the right to assembly must be established by law, “pursue a legitimate purpose, and comply with the requirements of suitability, necessity and proportionality”.⁷⁸

In conclusion, freedom of expression and freedom of assembly has a strong interdependence with democracy as it is understood by the American States. The population of a State has the right to defend democracy through these two rights. Consequently, any democratic State can’t systematically violate this right and continue being a democracy.

3. Political Rights

Freedom of Association and Political Parties

The right of association is recognized in the American Convention in its article 16 establishing that “everyone has the right to associate freely for ideological, religious, political, economic, labor, social, cultural, sports, or other purposes”. The free exercise of this right can only be restricted by law for reasons of “national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights and freedoms of others”. That is stressed in the American Convention as a necessary element of a democratic society, as it has also been stated by the IACHR.⁷⁹

The IACoHR recognized this right in order to achieve a legitimate common objective, “without pressure or interference that could alter or dena-

21, 2013, and Resolution of the Human Rights Council on the promotion and protection of human rights in the context of peaceful protests, A/HRC/25/L.20, March 24, 2014.

⁷⁸ I/A Court H.R., *Case of López Lone et al. v. Honduras...*, *cit.*, para. 168; I/A Court H.R., *The Word “Laws” in Article 30...*, *cit.*, paras. 35 and 37; I/A Court H.R., *Case of Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 28, 2012, Series C No. 257, para. 273. See also, on the right to freedom of expression: I/A Court H.R., *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica...*, *cit.*, para. 120; I/A Court H.R., *Case of Fontevecchia and D’Amico v. Argentina...*, *cit.*, para. 43; I/A Court H.R., *Case of Mémoli v. Argentina. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of August 22, 2013, Series C No. 265, para. 127.

⁷⁹ IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, October 22, 2002, para. 359, available at: <http://www.cidh.org/terrorism/eng/toc.htm>.

ture this objective”.⁸⁰ However, this right also has positive obligations for the State, because the Inter-American Court has established the obligation of the State “to prevent any attacks on it, to protect those who exercise it, and to investigate any violations thereof”.⁸¹

In this sense, the ILO Committee on Freedom of Association established that an environment of violence constituted an important obstacle for the exercise of freedom of association.⁸² For this reason the Inter-American Court settled that only when human rights are fully respected and guaranteed, in particular the right to life and safety, the right to freedom of association can be exercised.⁸³

Usually, this right is analyzed in relation to political parties. The IACoHR settled the “importance of political parties as essential forms of association for the development and strengthening of democracy are not discounted”.⁸⁴ This is particularly important because as has been established “the responsibility for filtering out authoritarians lies in political parties and party leaders” as democracy’s gatekeepers.⁸⁵ Levitsky and Ziblatt explain that five reasons make political parties democracy’s gatekeepers. First, because they can keep “would-be authoritarians off party ballots at election time”, by not

⁸⁰ I/A Court H.R., *Case of Baena Ricardo et al. v. Panama. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of February 2, 2001, Series C No. 72, para. 156; I/A Court H.R., *Case of García and Family Members v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 29, 2012, Series C No. 258, para. 116; I/A Court H.R., *Case of Lagos del Campo v. Peru. Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of November 21, 2018, Series C No. 366, para. 155.

⁸¹ I/A Court H.R., *Case of Huilca Tecse v. Peru. Merits, Reparations and Costs*, Judgment of March 3, 2005, Series C No. 121, para. 76; I/A Court H.R., *Case of Lagos del Campo v. Peru...*, *cit.*, para. 155.

⁸² Report of the Committee on Freedom of Association of the International Labour Organization, No. 278 with regard to Peru (vol. LXXIV, 1991, Series B, No. 2), para. 237, available at: <http://www.oit.org.pe/sindi/casos/per/per22.html>.

⁸³ I/A Court H.R., *Case of Huilca Tecse v. Peru...*, *cit.*, para. 75.

⁸⁴ I/A Court H.R., *Case of Yatama v. Nicaragua. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of June 23, 2005, Series C No. 127, para. 215. See also: ECHR, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87, ECHR 2003-II; ECHR, *Case of Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 32, ECHR 2002-II; ECHR, *Case of Socialist Party and Others v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-III*, para. 29.

⁸⁵ Levitsky, Steven and Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, United States of America, Crown, 2018, p. 24.

nominating them.⁸⁶ Second, because parties “can root out extremists in the grass roots of their own ranks”.⁸⁷ Third, “prodemocratic parties can avoid all alliances with antidemocratic parties and candidates”.⁸⁸ Four, because democratic parties can isolate extremist instead of legitimize them.⁸⁹ Finally, because “whenever extremist emerge as serious electoral contenders, mainstream parties must forge united front to defeat them”.⁹⁰

Given this importance, political parties must have aims that are compatible with the rights and freedoms established in the American Convention.⁹¹ Otherwise, the right could be limited by “national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights and freedoms of others” as is established in the American Convention.

In conclusion, the right to freedom of association and its protection is essential for the maintenance of a democratic society and hence it has to be protected by democratic States. However, this also means that political parties as an expression of the right to assembly, have to be in accordance with the other rights and purposes of the American Convention.

Right to Participate in a Government

Article 23 of the American Convention recognizes political rights. The mentioned article is composed by different expressions of the broad right that is political rights. For this reason, it is better to analyze each part of the article independently.

*i. The Right to Political Participation (Political Rights *Latu Sensu*)*

Article 23.1.a) establishes that every citizen should be able “to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives”. This is probably the element of the “new” definition of democracy

⁸⁶ *Ibidem*, p. 25.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁹¹ I/A Court H.R., *Case of Yatama v. Nicaragua...*, *cit.*, para. 216.

that is more loyal to the original meaning created by the Greeks. Similar to the Greeks in their moment, the IACoHR has pointed that States have an obligation to guarantee the enjoyment and application of this right according to the principles of equality and non-discrimination, and “shall adopt the necessary measures to guarantee its full exercise... considering the situation of weakness and destitution of the members of certain sectors or social groups”.⁹² Therefore, the American States have to create optimum conditions and mechanisms to guarantee the effective exercise of political rights.⁹³

In relation to equality in the right to political participation, the IACoHR made a very important approach in the *case of Chitay Nech et al. v. Guatemala* in which it understood that political representation is a prerequisite for the realization of self-determination, the development and the inclusion of groups in conditions of inequality within a plural and democratic State.⁹⁴ In this statement, it is possible to identify two elements of the core of democracy, first equality and the effort to pursue it, and two, the application of the Aristotle concept of polity, excluding the problem of democracy seen just as the will of the majority.

Furthermore, it has been recognized that “the effective exercise of political rights constitutes a goal in itself, and at the same time, a fundamental means that democratic societies have to guarantee the other human rights established in the Convention”.⁹⁵ From this affirmation, it is possible to conclude then that democracy guarantees human rights, and political rights are just one of the means to do so.

⁹² *Ibidem*, para. 201; I/A Court H.R., *Juridical Condition and Rights of Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Series A No. 18, para. 89; I/A Court H.R., *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002, para. 46; I/A Court H.R., *Case of Manuel Cepeda Vargas v. Colombia. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of May 26, 2010, Series C No. 213, para. 173; I/A Court H.R., *Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of May 25, 2010, Series C No. 212, para. 106. See also, Human Rights Commission, *General Observation No. 25: Participation in Public Matters, the Right to Vote*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

⁹³ I/A Court H.R., *Case of Yatama v. Nicaragua...*, *cit.*, para. 143.

⁹⁴ I/A Court H.R., *Case of Chitay Nech et al. v. Guatemala...*, *cit.*, para. 113.

⁹⁵ *Ibidem*, para. 107; UN, Human Rights Council, “Background Document by the Independent Expert on Minority Issues, Gay McDougall, on Minorities and Effective Political Participation”, Forum on Minority Issues, Geneva, 12 and 13 November 2009, para. 1.

ii. The Right to Vote and Right to Political-Electoral Participation in Conditions of Equality and Non-Discrimination (Political Rights *Stricto Sensu*)

Article 23.1.b) establishes that every citizen shall enjoy the same rights and opportunities “to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voters”. States may establish minimum standards to regulate political participation. This regulation has to be reasonable and compatible with the principles of representative democracy.⁹⁶ Also bearing in mind that Article 6 of the Inter-American Democratic Charter, determines that “[p]romoting and fostering diverse forms of participation strengthens democracy” and for this reason, it is important that States consider all the sectors of the society in the creation of the regulation.

In reference to the restrictions of this right, the States have to respect the principles of legality, necessity and proportionality in a democratic society.⁹⁷ Meaning that the restrictions have to be defined precisely by law. “[T]he requirements for voters to be able to take part in the elections, and to stipulate clearly the electoral procedures prior to the elections”,⁹⁸

...non-discriminatory, based on reasonable criteria, respond to a useful and opportune purpose that makes it necessary to satisfy an urgent public interest, and be proportionate to this purpose. When there are several options to achieve this end, the one that is less restrictive of the protected right and more proportionate to the purpose sought should be chosen.⁹⁹

⁹⁶ I/A Court H.R., *Case of Yatama v. Nicaragua...*, *cit.*, para. 207.

⁹⁷ *Ibidem*, para. 206.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ I/A Court H.R., *Case of Ricardo Canese v. Paraguay...*, *cit.*, paras. 96 and 133; I/A Court H.R., *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica...*, *cit.*, paras. 121 and 123; I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice...*, *cit.*, para. 46. Also see, ECHR, *Case of Barthold v. Germany*, Judgment of March 25, 1985, Series A No. 90, para. 58; ECHR, *Case of Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of April 26, 1979, Series A No. 30, para. 59; UN, Human Rights Committee, *General Comment No. 27: Freedom of Movement (Art. 12)*, November 2, 1999, paras. 14 and 15; UN, Human Rights Committee, *General Comment No. 25: Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service (Art. 25)*, July 12, 1996, paras. 11, 14, 15 and 16.

iii. Access and Permanence on Equal Terms to Political Positions

Article 23.1.b) establishes that every citizen shall enjoy the same rights and opportunities “to have access, under general conditions of equality, to the public service of his country”. In the *case of Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela*, it was stated that this article does not establish the guarantee to access a public position, but to do so in “general conditions of equality”.¹⁰⁰ This means that the respect and guarantee of this right are fulfilled when “the criteria and procedures for the appointment, promotion, suspension and dismissal [are] reasonable and objective” and when “the people are not object of discrimination” in the exercise of this right.¹⁰¹

However, the Human Rights Committee has interpreted that the guarantee of protection includes both, the access and the continuance in equal conditions and non-discrimination.¹⁰² In this perspective, the IACoHR established that the access in equal conditions also has to be effective.¹⁰³

In conclusion, the American States have obligations in order to guarantee political rights to its citizens. Particularly, States have to take measures to make these rights effective and in accordance with the principles of equality and non-discrimination.

4. Judicial Independence

Even though from the review made, the core element that appears is the separation of powers and the independence of the branches of the State,

¹⁰⁰ I/A Court H.R., *Case of Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of August 5, 2008, Series C No. 182, para. 206.

¹⁰¹ *Idem*; I/A Court H.R., *Case of Reverón Trujillo v. Venezuela. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of June 30, 2009, Series C No. 197, para. 138. See also, UN, Human Rights Committee, *General Comment No. 25: The Participation in Public Matters and the Right to Vote*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, July 12, 1996, para. 23.

¹⁰² Human Rights Committee, *Pastukhov v. Belarus* (814/1998), ICCPR, A/58/40 vol. II (5 August 2003) 69 (CCPR/C/78/D/814/1998) at paras. 7(3) and 9; Human Rights Committee, *Adrien Mundy Buyso, Thomas Osthudi Wongodi, René Sibú Matubuka et al. v. Democratic Republic of the Congo* (933/2000), ICCPR, A/58/40 vol. II (31 July 2003) 224 (CCPR/C/78/D/933/2000) at para. 5(2).

¹⁰³ I/A Court H.R., *Case of Yatama v. Nicaragua...*, *cit.*, para. 195.

in the Inter-American System this topic is not clearly defined on a binding international instrument. Under article 8.1 of the American Convention, “every person has the right to a hearing... by a competent, independent and impartial tribunal”, and this is the only power of the State that has its independence guaranteed by the Convention. Not even the Democratic Charter mentions something about this subject, apart from article 3 that included the separation of powers of the State as an element of representative democracy.

However, the IACoHR does recognize that this protection of judicial independence is related with the principle of the separation of powers which is an essential aspect of the rule of law, and that the judicial function plays an important role in a democracy.¹⁰⁴ Even though the Court didn’t define the principle of separation of powers, it is understood as the requirement to divide the three branches of power of a States (executive, legislative and judicial power) in person and function, and they must act independently one from the other, limiting the possibility that one branch exercise the core functions of other branch. As was established by Montesquieu, this is a way to safeguard liberties and guard them against tyranny.¹⁰⁵

Some principles used by the Inter-American Court¹⁰⁶ to analyze judicial independence expressly recognize the importance of protecting this independence. The United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary (hereinafter also the United Nations Basic Principles) recognize that “the independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary”.¹⁰⁷ In addition, the Bangalore Principles of Judicial

¹⁰⁴ I/A Court H.R., *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of August 28, 2013, Series C No. 268, para. 198.

¹⁰⁵ Evans, T. and Davies, W., *The Complete Work of M. de Montesquieu. Translated from the French in Four Volumes*, vol. I: *The Spirit of Laws*, 1777, pp. 198 and 199, available at: http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/837/0171-01_Bk_Sm.pdf.

¹⁰⁶ I/A Court H.R., *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador...*, cit.; I/A Court H.R., *Case of López Lone et al. v. Honduras. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs*, Judgment of October 5, 2015, Series C No. 302.

¹⁰⁷ 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 held in Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, principle 1.

Conduct establish that “judicial independence is a pre-requisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial. A judge shall therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects”.¹⁰⁸ The IACoHR had reinforced this last obligation of the State to “guarantee the autonomous exercise of the judicial function in both its institutional aspect, that is in relation to the Judiciary as a system, and also in relation to its individual aspect, that is, as regards the person of the specific judge”.¹⁰⁹

Bearing in mind the mentioned above, the Inter-American Court establishes that:

... (i) respect for judicial guarantees entails respect for judicial independence; (ii) the dimensions of judicial independence result in the subjective right of the judge that his removal from office is exclusively for the causes permitted, either by means of a procedure that complies with judicial guarantees or because the term or period of his mandate has ended, and (iii) when the permanence of judges in office is arbitrarily affected, the right to judicial independence established in Article 8(1) of the American Convention is violated, in conjunction with the right of access to and permanence in public service, under general conditions of equality, established in Article 23(1)(c) of the American Convention.¹¹⁰

In conclusion, the judicial independence is an essential element of a representative democracy and the IACoHR already recognize the relevance of this right, its relationship with the principle of separation of powers and with democracy. Also, it is possible to understand why the states only included the protection to the judicial independence in the American Declaration. In this context, this is the branch of the State in charge of investigating, prosecuting and sanctioning if other members of the other powers threaten the democracy of the State.

¹⁰⁸ Bangalore Principles of Judicial Conduct adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25 and 26, 2002, principle 1.

¹⁰⁹ I/A Court H.R., *Case of Apitz Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela...*, *cit.*, para. 55; I/A Court H.R., *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador...*, *cit.*, para. 198.

¹¹⁰ I/A Court H.R., *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador...*, *cit.*, para. 199.

V. CONCLUSION

Representative democracy is a fundamental concern of the States of the Americas. The core of the concept of representative democracy in the Americas is composed by several human rights established by the own States and that are compatible with the main characteristics of a democracy since the Greeks and its evolution over time. Five elements can be identified in the jurisprudence of the Inter-American System that are consistent with the elements found in the history and development of the concept in the continent. These five human rights are: 1) equality; 2) freedom of assembly; 3) freedom of expression; 4) political rights, and 5) judicial independence.

So, even when additional elements and rights can be added to the definition of representative democracy, anyone in the continent should be able to talk about democracy if is incurring in a systematic or in recurrent violations of one of the five rights mentioned before. This must not be understood as a limitation of the rights that constitute a democracy or that this frame of rights are the only ones that can't be violated to be in a democracy. These five rights are the basis since early times, the minimum core of democracy. Other rights are also necessary for a free and pluralistic society capable of maintain a healthy democracy.

It is not totally clear if democracy is a right, even with the article of the Democratic Charter, because in some articles of international instruments it seems that democracy is just the means to comply with human rights, and in others a right in itself. This will be an interesting question for further research. However, from the entire analysis made before, it is possible to conclude that representative democracy requires American States to guarantee some minimum standards to protect and guarantee: 1) equality; 2) freedom of assembly; 3) freedom of expression; 4) political rights, and 5) judicial independence.

VI. ACKNOWLEDGEMENTS

This paper was written as part of a directed reading with the Professor Paolo Carozza in the LL.M. in International Human Rights Law, University of Notre Dame.

VII. BIBLIOGRAPHY

- ARRIGHI, Jean Michel, “El sistema interamericano y la defensa de la democracia”, *Agenda Internacional*, vol. 16, no. 27, 2009.
- COPPEDGE, Michael, *Democratization and Research Methods*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- DAHL, Robert, *Democracy and its Critics*, Yale University, 1989.
- EVANS, T. and DAVIES, W., *The Complete Work of M. de Montesquieu. Translated from the French in Four Volumes*, vol. I: *The Spirit of Laws*, 1777, available at: http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/837/0171-01_Bk_Sm.pdf.
- HARRISON, Ross, *Democracy*, London-New York, Routledge, 1993.
- HELD, David, *Models of Democracy*, 3rd. ed., Great Britain, Stanford University Press, 2006.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL, “Background Document by the Independent Expert on Minority Issues, Gay McDougall, on Minorities and Effective Political Participation”, Forum on Minority Issues, Geneva, 12 and 13 November 2009.
- IACHR, *Annual Report 2018*, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 30, March 17, 2019.
- IACHR, *Inter-American Legal Framework Regarding the Right to Freedom of Expression*, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, OEA/Ser.L/V/II/CIDH/RELE/INF.2/09, December 30, 2009.
- IACHR, *Poverty and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, September 7, 2017.
- IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Washington, October 22, 2002, available at: <http://www.cidh.org/terrorism/eng/toc.htm>.
- INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE, “Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana”, Resolution CJI/RES (LXXXV-O/09), August 12, 2009, available at: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5130/30.pdf>.
- LAKOFF, Sanford, *Democracy: History, Theory, Practice*, New York, Westview Press, 1996.

- LEVITSKY, Steven and ZIBLATT, Daniel, *How Democracies Die*, United States of America, Crown, 2018.
- MACHAN, Tibor R., *Liberty and Equality*, United States of America, Hoover Institution Press (Stanford University), 2002.
- OAS, “Tenth Anniversary of the Inter-American Democratic Charter was Commemorated in Chile with a Renewed Commitment of the Americas with Democracy”, 2011, available at: https://www.oas.org/En/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-816/11.
- ORWELL, George, “Politics and the English Language”, *A Collection of Essays*, United States of America, Harcourt Brace Jovanovich, 1946.
- PATEMAN, Carole, *Participation and Democratic Theory*, Australia, Cambridge University Press, 1970.
- SPRINGBORG, Patricia, “Karl Marx on Democracy, Participation, Voting, and Equality”, *Political Theory*, vol. 12, no. 4, 1984.

A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas

*The Expansion of the Inter-American Court of Human
Rights' Jurisdiction Through Advisory Opinions*

*Élargissement de la compétence de la Cour
interaméricaine des droits de l'homme
par le biais d'opinions consultatifs*

Lucas Carlos **Lima***
Lucas **Mendes Felipe****

SUMÁRIO: I. *Introdução: tensões na função consultiva da Corte Interamericana.* II. *Expansão material nas opiniões consultivas da CtIDH: business as usual?* III. *A expansão da jurisdição contenciosa através da jurisdição consultiva: problemas recentes.* IV. *Pontos de força, riscos e consequências da expansão da Corte em via consultiva.* V. *Conclusões.* VI. *Bibliografia.*

* Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8643-6547>, lclima@ufmg.br.

** Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0208-1716>.

Artículo recibido el 10 de mayo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 125-166
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: Ao interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos através de opiniões consultivas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) em diversas ocasiões impactou também sua função contenciosa. Em algumas opiniões recentes, sustenta-se que a Corte Interamericana expandiu o âmbito de sua jurisdição contenciosa. Nesse artigo, são analisadas as técnicas interpretativas empregadas pela CtIDH para, através da via consultiva, aumentar o alcance de sua jurisdição contenciosa. Será realizada uma análise tanto das decisões da Corte bem como da literatura especializada e do posicionamento de alguns Estados em relação à Corte. Num contexto de resistência e contestação de cortes internacionais, sustenta-se que a atividade de expansão da jurisdição da Corte pode possuir efeitos positivos e negativos em relação à sua autoridade e legitimidade, mas que uma maior cautela em relação à expansão de sua jurisdição e ao uso do artigo 26 para circunscrever o consentimento dos Estados evitaria quaisquer efeitos negativos.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos, opiniões consultivas, expansão da jurisdição, autoridade e legitimidade de cortes internacionais.

ABSTRACT: While interpreting the American Convention on Human Rights through consultative opinions, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) has also impacted its adjudicatory function on several occasions. In some recent opinions, it is claimed that the Inter-American Court has expanded the scope of its contentious jurisdiction. In this article, we analyze the interpretative techniques employed by the IACtHR, through advisory opinions, to increase the scope of its adjudicatory jurisdiction. An analysis will be made of both the Court's decisions as well as the specialized literature and the position of some States in relation to the Court. In a context of resistance and contestation of international courts, it is stated that the activity of expanding the jurisdiction of the Court may have positive and negative effects in relation to its authority and legitimacy, but that greater caution in relation to the expansion of its jurisdiction and the utilization of article 26 to circumscribe the consent of States would avoid any negative effects.

Key words: Inter-American Court of Human Rights, advisory opinions, jurisdiction expansion, authority and legitimacy of international courts.

RÉSUMÉ: En interprétant la Convention américaine relative aux droits de l'homme par le biais d'avis consultatifs, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CtIDH) a également eu à plusieurs reprises un impact sur sa fonction contentieuse. Dans certains avis récents, on considère que la Cour interaméricaine a élargi la portée de sa compétence contentieuse. Dans cet article, on analyse les techniques d'interprétation employée par la CtIDH pour que, à travers des avis consultatifs, sa portée de la compétence contentieuse soit élargie. On fera une analyse des décisions de la Cour, et aussi de la littérature spécialisée et du positionnement de certains États par rapport à la Cour. Dans un contexte de résistance et de contestation des tribunaux internationaux, il est soutenu que l'activité d'élargissement de la compétence de la Cour peut avoir des effets positifs et négatifs en ce qui concerne son autorité et sa légitimité, mais une plus grande prudence quant à l'élargissement de sa compétence et l'utilisation de l'article 26 pour circonscrire le consentement des États éviterait tout effet négatif.

Mots-clés: Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatifs, extension de la compétence, autorité et légitimité des cours internationales.

I. INTRODUÇÃO: TENSÕES NA FUNÇÃO CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA

A tendência dos Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH” ou “Sistema”) de requisitar opiniões consultivas à Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CtIDH” ou “Corte”) em relação aos direitos protegidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“CADH” ou “Convenção”) gera efeitos jurídicos e de política judiciária que impactam a jurisdição contenciosa da Corte.¹ Em suma, os direitos desenvolvidos e interpretados pela Corte em via consultiva são posteriormente aplicados na jurisdição contenciosa. Se, por um lado, é um direito dos Estados “consultar a Corte sobre a interpretação [da] Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”,² por outro, a competência da Corte está limitada a “conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido”.³ Parece existir uma tensão entre os direitos que a Corte reconhece no âmbito de sua jurisdição consultiva e os impactos deste reconhecimento na posterior aplicação contenciosa da Corte.

Desde sua criação, cortes e tribunais internacionais enfrentam o problema de produção normativa através de decisões judiciais.⁴ Com base na teo-

¹ No momento de submissão desse artigo, os últimos oito pareceres consultivos emitidos pela Corte Interamericana foram solicitados por Estados (OC-18/03 a OC-25/18). Desde o início das atividades do órgão jurisdicional, os Estados Partes da CADH foram os maiores propulsores da competência consultiva, os quais solicitaram por 22 vezes a emissão de pareceres, ao passo que se contabilizam 11 pedidos originados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e um do Secretário Geral da OEA. Encontram-se em deliberação duas solicitações da Colômbia e duas da CIDH, todas apresentadas em 2019.

² Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³ Artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴ O problema foi classicamente analisado por Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons, Ltd.; Nova Iorque, Frederick A. Prager, 1958, embora haja ampla bibliografia cotejando a questão. Referencia-se aqui: Pellet, Alain, “Decisions of the ICJ as Sources of International Law?”, *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018, pp. 7-61; Tams, Christian J., “The Development of International Law by the International Court of Justice”, *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018, pp. 63-106; Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal*

ria clássica de produção normativa do ordenamento internacional,⁵ o papel relegado aos órgãos jurisdicionais seria o de aplicação das normas jurídicas existentes produzidas por outros sujeitos do ordenamento internacional, nomeadamente os Estados. A partir do momento em que instâncias judiciais começaram a expandir o alcance de determinadas normas, desenvolvendo o direito internacional, problemas começaram a emergir em relação aos limites e poderes da constelação judicial internacional. Hersch Lauterpacht admoestava, já em 1958, que juízes podem ser “ao mesmo tempo dóceis servidores do passado e tiranos do futuro”.⁶ O fenômeno foi descrito sob diversas alcunhas como *international judicial lawmaking* ou *international judicial activism*. Embora a questão seja uma realidade desde a metade do século XX, o problema parece se agudizar na medida em que cortes e tribunais internacionais utilizam destes expedientes para expandir a própria jurisdição,⁷ alargando o alcance de seus poderes e de situações que estejam aptas a decidir.

O problema não se faz ausente no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana. Como uma corte cuja vocação hermenêutica é a de amálga-

of International Dispute Settlement, vol. 2, 2011, pp. 5-23; De Brabandere, Eric, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016, pp. 24-55. Na doutrina brasileira, o problema foi afrontado por Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 57, 2010, pp. 37-68, e Lima, Lucas Carlos, “As decisões da Corte Internacional de Justiça como elemento de desenvolvimento do direito internacional”, em Dal Ri Junior, Arno e Moura, Aline Beltrame de (orgs.), *Jurisdição internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade*, Ijuí, Unijuí, 2014.

⁵ Sobre a questão, ver Pellet, Alain e Muller, Daniel, “Article 38”, em Zimmermann, Andreas *et al.* (orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Pinto, Mónica, *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2010; Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019; D’Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Em particular sobre a questão dos princípios como fontes e sua relação com decisões judiciais, ver Bonafé, Beatrice I. e Palchetti, Paolo, “Relying on General Principles in International Law”, em Brölmann, Catherine e Radi, Yannick, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2016.

⁶ Lauterpacht, Hersch, *op. cit.*, p. 21.

⁷ Sobre essa questão, principalmente em reações à expansão realizada em tribunais internacionais, conferir Treves, Tullio, “The Expansion of International Law. General Course on Public International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398, 2015, pp. 329 e ss.

ma de direitos humanos, categoria de direitos historicamente significativa, é esperado determinado posicionamento vanguardista.⁸ Em diversas ocasiões a Corte foi responsável por consolidar a interpretação *pro persona*, dando significado aos direitos que é chamada a aplicar de acordo com a Convenção Americana.⁹ Atividade típica de cortes de direitos humanos, tais técnicas interpretativas de cunho teleológico ou evolutivo foram objeto de análise da ciência jurídica.¹⁰ Contudo, um problema emerge quando as técnicas utilizadas por uma corte servem não unicamente para expandir o significado dos direitos que é estatutariamente chamada a proteger, mas também para expandir a jurisdição da própria Corte, interferindo nas competências e nas balizas do que os Estados lhe atribuíram para decidir. A Corte Internacional de Justiça (CIJ) já observou que a “jurisdição é sempre baseada no consenti-

⁸ Para um *tour d'horizon* sobre a questão, ver Cassese, Antonio, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma, Laterza, 1988; Costa, Pietro, “Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica”, em Meccarelli, Massimo *et al.* (orgs.), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014; Gordon Lauren, Paul, “The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought”, em Shelton, Dinah, *The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2013, e, de maneira geral, Hunt, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque, W.W. Norton & Company, 2008.

⁹ Ver nesse sentido: Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010, pp. 585-604; Burgorgue-Larsen, Laurence, “«Decomartmentalization»: The Key Technique for Interpreting Regional Human Rights Treaties”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2018, pp. 187-213; Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, ano 12, núm. 1, 2014, pp. 105-161; Killander, Magnus, “Interpreting Regional Human Rights Treaties”, *Revista Sur*, vol. 13, 2010, pp. 149-175; Huneus, Alexandra Valeria e Madsen, Mikael Rask, “Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European, and African Human Rights Systems”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2018, pp. 136-160.

¹⁰ Também nesse sentido, Neuman, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 101-123; Vives, Francisco Pascual, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 113-153; Vanneste, Frédéric, “Interpréter la Convention européenne des droits de l’homme et la Convention américaine des droits de l’homme: comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale”, *Revue québécoise de droit international*, 2016, pp. 81-95.

mento das partes”¹¹ assim como foi bem pontuado academicamente que “é um truísmo que a jurisdição judicial internacional é baseada no e deriva do consentimento dos Estados”.¹² A expansão da jurisdição da Corte Interamericana via opinião consultiva pode possuir diferentes impactos na autoridade e na legitimidade de uma corte internacional.

Como ocorre em outros tribunais internacionais, embora não sejam obrigatórias, as opiniões consultivas da Corte Interamericana tendem a ser seguidas posteriormente pelo órgão jurisdicional, sobretudo quando realiza a expansão de sua competência —situação que ocorre desde o seu primeiro parecer—. ¹³ Por exemplo, não raras vezes a Corte se pronunciou sobre questões concernentes ao funcionamento da Comissão Interamericana e da própria Corte, bem como sobre o conteúdo de determinados direitos prescritos na CADH. Por consequência, sua produção consultiva possui efeitos na jurisdição contenciosa. O que se busca no presente artigo, todavia, é apontar como a CtIDH alargou substancialmente sua competência contenciosa em dois pareceres consultivos, de números 22 e 23, de 2016 e 2017, respectivamente.

A questão analisada é dúplice. Em primeiro lugar, busca-se compreender e analisar as técnicas interpretativas empregadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para, através da via consultiva, aumentar o alcance de sua jurisdição contenciosa. A segunda questão afrontada são os potenciais

¹¹ Do original: “Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties”. Corte Internacional de Justiça, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 200, p. 32, para. 64.

¹² Thirlway, Hugh, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part Nine”, *British Yearbook of International Law*, vol. 69, 1998, pp. 1 e 4.

¹³ Já na primeira opinião, OC-1/82, a Corte declarou que o artigo 64.1 da CADH, que estabelece que a Corte pode interpretar, em sede consultiva, a própria Convenção ou “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos”, refere-se a qualquer outro tratado firmado por membros da OEA que tenha qualquer disposição concernente à proteção dos direitos humanos, ainda que esse não seja o objetivo principal ou de todo o tratado (paras. 32 e ss.). Por sua vez, na OC-10/89, além da própria Convenção Americana, estabeleceu a possibilidade de interpretar a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Em seguintes a Corte também se permitiu interpretar a Carta da OEA (OC-18/03, para. 57) ou reservas de Estados americanos a tratados (OC-2/82) e, na interpretação de normas internas (artigo 64.2), abarcar leis e normas constitucionais vigentes, projetos de reformas a leis ou normas constitucionais (OC-4/84 e OC-12/91). Também com base nessa interpretação permitiu-se, por exemplo, analisar a Convenção de Viena sobre Relações Consulares na OC-16/99.

impactos deste exercício à autoridade e legitimidade da Corte Interamericana. Para responder a esses dois questionamentos, será realizada uma análise tanto das decisões da Corte bem como da literatura especializada e do posicionamento de alguns Estados em relação à Corte. Num contexto de resistência e contestação de cortes internacionais,¹⁴ sustenta-se que a atividade de expansão da jurisdição da Corte pode possuir efeitos positivos e negativos em relação à sua autoridade e legitimidade, mas que uma maior cautela em relação à expansão de sua jurisdição e ao uso do artigo 26 para circunscrever o consentimento dos Estados evitaria quaisquer efeitos negativos.

O artigo estrutura-se da seguinte forma. Na primeira seção analisa-se a prática anterior de expansão da CtIDH para demonstrar as técnicas utilizadas pela Corte para expandir a interpretação da CADH. Na segunda seção, verifica-se de que maneira a CtIDH expandiu sua jurisdição nas recentes opiniões consultivas e demonstra-se de como essa expansão representa um evitar do consentimento dos Estados para sua jurisdição, em análise das dissidências exibidas no caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Na terceira sessão exploram-se alguns potenciais pontos negativos e positivos para esse exercício por parte da Corte. Nas considerações finais, defende-se maior cautela por parte da Corte Interamericana em relação a interpretação do artigo 26.

II. EXPANSÃO MATERIAL NAS OPINIÕES CONSULTIVAS DA CTIDH: *BUSINESS AS USUAL?*

A utilização recente da função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos para expansão da jurisdição contenciosa contrasta com sua prática anterior. Nesta seção, demonstraremos como a Corte buscou traçar

¹⁴ Madsen, Mikael Rask *et al.*, “Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts”, *International Journal of Law in Context*, núm. especial 2, 2018, pp. 197-220. Ver, nesse sentido: Grossman, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Howse, Robert *et al.* (eds.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Alter, Karen J. *et al.* (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018; Von Bogdandy, Armin e Venzke, Ingo, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

limites à sua própria jurisdição consultiva, de modo a não interferir em sua jurisdição contenciosa. Demonstraremos como a expansão de direitos materiais ocorria, antes das OCs 22 e 23, com o uso de técnicas interpretativas que não impactavam amplamente nos contornos jurisdicionais contenciosos.

A Corte Interamericana possui a competência consultiva com maior emissão de pareceres, em comparação com os demais sistemas regionais de proteção de direitos humanos,¹⁵ o que pode estar relacionado à mudança principal contida na Convenção Americana em relação a modelos notados em demais tribunais internacionais: a possibilidade de os Estados do sistema as solicitarem.¹⁶ Um número maior de opiniões consultivas permitiu à Corte delimitar sua jurisdição, ainda que muitas vezes de modo expansivo¹⁷ pela aplicação do princípio *kompetenz kompetenz*. A Corte se atribuiu amplos poderes jurisdicionais tanto na interpretação da Convenção quanto ao próprio funcionamento do Sistema Interamericano¹⁸ e os utilizou, por exemplo, para determinar quais documentos normativos poderiam ser objeto de sua interpretação no âmbito consultivo.¹⁹

¹⁵ Para uma comparação entre as competências consultivas dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos e da CIJ, ver Asta, Gabriele, *La funzione consultiva delle Corti Regionali dei Diritti Umani*, Nápoles, Scientifica, 2019.

¹⁶ O artigo 64 da Convenção Americana estabelece duas possibilidades de solicitação de opiniões consultivas. A primeira, referente ao artigo 64.1, trata de uma interpretação a ser feita pela Corte Interamericana acerca da CADH ou de “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, cujo pedido pode vir dos órgãos ou dos Estados membros da OEA. Já o artigo 64.2 permite que o Estado da OEA solicite avaliação da compatibilidade de uma disposição de seu direito interno com os referidos instrumentos. Por outro lado, uma opinião consultiva a ser requisitada à Corte Internacional de Justiça necessita angariar o apoio de um certo número de Estados para que determinado órgão realize o pedido. Sobre a dinâmica da CIJ, consultar: artigo 96 da Carta da ONU. Sobre a questão, ver Oellers-Frahm, Karin, “Article 96 UN Charter”, e, na mesma obra, Frowein, Jochen e Oellers-Frahm, Karin, “Article 65”, em Zimmermann, Andreas *et al.* (orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹⁷ Tal expansão ocorre toda vez em que a Corte altera, alarga ou abrange parâmetros textualmente ou jurisprudencialmente definidos em relação ao conteúdo de determinados direitos reconhecidos na Convenção Americana (competência *ratione materiae*), ou aos aspectos que envolvem sua adjudicação perante o Sistema (competência *ratione personae* e *ratione loci*, particularmente).

¹⁸ Nesse sentido, OC-21/14, para. 17, e Voto do Juiz A. A. Cançado Trindade, para. 5, na OC-15/97.

¹⁹ Ver, *supra*, 14.

Assim, o exercício da função consultiva da Corte Interamericana foi limitado no âmbito de sua própria jurisprudência. A prática judicial interamericana demonstra que, sempre que um parecer é requerido, existem tentativas processuais de convencimento da Corte de não pronunciamento. Numa recente opinião, a Corte sistematizou os critérios que motivam sua recusa a tramitar e responder a uma solicitação de parecer consultivo, de maneira a indicar que um pedido:

a) não deve encobrir um caso contencioso ou pretender obter prematuramente um pronunciamento sobre um tema ou assunto que poderia eventualmente ser submetido à Corte por um caso contencioso; b) não deve utilizar-se como um mecanismo para obter um pronunciamento indireto de um assunto em litígio ou em controvérsia no nível interno; c) não deve ser utilizada como um instrumento de um debate político interno; d) não deve abarcar, de maneira exclusiva, temas sobre os quais a Corte já se pronunciou em sua jurisprudência; e) não deve buscar a resolução de questões fácticas, a não ser que busque averiguar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos e, sobretudo, contribuir com os Estados membros e os órgãos da OEA para que cumpram de maneira cabal e efetiva suas obrigações internacionais.²⁰

Alguns elementos interessantes emergem da lista indicada pela Corte. O primeiro deles é o fato de que a Corte, ao menos em teoria, realiza uma estrita divisão entre a função contenciosa e a consultiva: não pode a função consultiva servir para tergiversar o consentimento em relação a uma contro-

²⁰ Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de maio de 2018, Série A núm. 25, para. 46. No original: “a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia, y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales”.

vérsia ou sobre fatos existentes (itens [a], [b] e [e]).²¹ O segundo elemento é o fato de que a jurisdição consultiva CtIDH não deve ser instrumentalizada para resolver questões internas no interior dos Estados (itens [b] e [c]). O terceiro elemento que emerge é particularmente interessante. Ao limitar sua jurisdição consultiva, a Corte reafirma (item [e]) que a função desta é a elucidação de normas internacionais a fim de que Estados membros possam efetivar suas obrigações internacionais. Contudo, a Corte não limita a própria expansão ou alargamento das obrigações já existentes. Poder-se-ia sugerir que a Corte parece estar ciente da capacidade expansiva de sua jurisdição na medida em que não se autolimita em relação ao seu campo de atuação ao mesmo tempo que não reconhece unicamente a Convenção como sua fonte de interpretação, abrangendo também outras “normas internacionais sobre direitos humanos”.

Não por acaso, a delimitação de forma ampla da competência consultiva pela Corte foi alvo de crítica por analistas, seja pela sua incerteza de aplicação²² ou pela sua própria tendência expansiva em comparação aos limites normativos.²³ Outros, contudo, indicam o surgimento desses critérios limitadores supracitados como algo criticável para o papel da Corte no contexto interamericano,²⁴ vez que a Corte os utiliza de maneira flexível.²⁵

Isso se mostra mais problemático ao perceber que a produção consultiva não possui efeitos autocontidos, porque gera consequências na atividade

²¹ Sobre a questão, ver Lima, Lucas Carlos, “A opinião sobre o arquipélago de Chagos: a jurisdição consultiva da Corte Internacional de Justiça e a noção de controversia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 75, 2019, pp. 281-302.

²² Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales, 2015; Candia Falcón, Gonzalo, “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, 2018, pp. 57-80; Benz, Eleanor, “The Inter-American Court’s Advisory Function Continues to Boom – A Few Comments on the Requests Currently Pending”, *EJIL: Talk!*, 25 de novembro de 2019.

²³ Schmid, Julie Calidonio, “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 16, 2006, pp. 415-456.

²⁴ Bailliet, Cecilia M., “The Strategic Prudence of the Inter-American Court of Human Rights: Rejection of Requests for an Advisory Opinion”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, 2018, pp. 254-276.

²⁵ Logo após elencar os critérios, a Corte afirma, na OC-25/18 (para. 46): “Sin embargo, los criterios desarrollados no son una lista exhaustiva, y tampoco constituyen límites infranqueables, en tanto corresponde a la Corte evaluar en cada solicitud concreta la pertinencia de ejercer su función consultiva”.

contenciosa da Corte. Pode-se destacar, dentre elas, a discussão das funções da Comissão (OC-15/97 e OC-19/05) e até de regras procedimentais,²⁶ além do estabelecimento de interpretações acerca do conteúdo dos direitos materiais contidos na Convenção Americana. Ademais, existe amplo debate sobre a obrigatoriedade das opiniões consultivas.²⁷ Fato é que, na prática, a interpretação de direitos em via consultiva é comumente seguida pela Corte nos casos contenciosos diante dela sublevados. Tal circunstância lança sombras à tentativa de hermética dissociação entre função consultiva e contenciosa sugerida pela Corte Interamericana.

Essa incerteza não colocava maiores problemas jurídicos em relação aos impactos, no âmbito contencioso, das opiniões que analisavam obrigações e critérios de aplicação de direitos materiais. Isso porque, em utilização

²⁶ A OC-20/09 discutiu se o artigo 55 da CADH previa somente a possibilidade em litígios interestatais de juízes *ad hoc* e da participação dos juízes nacionais eleitos, ao contrário da prática do tribunal até então, que permitia que atuações em casos de petições individuais. Em decorrência disso, com a alteração do Regulamento da Corte em 2009, os artigos 19 e 20 foram modificados para comportar as observações. Assim, alterações no Regulamento motivadas por declarações ocorridas no âmbito consultivo poderiam apontar essa predisposição de se “alterar as regras do jogo”.

²⁷ A atribuição de força vinculante é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que o artigo 68.1 somente compromete os Estados com as decisões da Corte em que são parte, ou seja, sentenças obtidas no meio contencioso que condenam o Estado. Assim, a inexistência de previsão similar para os pareceres consultivos não garante a elas obrigatoriedade de cumprimento pelo solicitante e demais afetados. Isso não significa que o conteúdo de um parecer será completamente ignorado, afinal, a solicitação vinda de um ou mais Estados indica a vontade de obter maior esclarecimento sobre como implementar alguma obrigação contraída, ou acerca do funcionamento de demais disposições do Sistema. Por conseguinte, a função consultiva enfrenta comumente temas controversos e em evolução no direito internacional. Sobre a questão, em âmbito geral, ver Oellers-Frahm, Karin, “Law-making Through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011, pp. 1033-1056. Em específico sobre a CtIDH, destaca-se a visão da não obrigatoriedade notada por ex-juízes, como Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em Corte IDH, *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI”*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, t. I, p. 176, e Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 18. Além disso, o grande impacto das opiniões na prática estatal pode ser exemplificado pela análise do ex-Presidente da CtIDH, em Cançado Trindade, Antônio Augusto, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, 2007, pp. 1-16.

do chamado método interpretativo evolutivo,²⁸ as determinações da Corte traziam análises de compatibilidade de condutas e o estabelecimento de *standards* mais elevados para execução das obrigações associadas a esses direitos.

Dessa forma, em aplicação de técnicas de valorização da abertura normativa,²⁹ o comportamento da Corte em relação à análise material nas OCs anteriormente era marcado por uma identificação da compatibilidade de certas condutas com a proteção de direitos estabelecida na CADH. Assim, na OC-3-83 a Corte conclui que a pena de morte é expressamente proibida à luz do direito à vida (artigo 4o.).³⁰ Na OC-5/85, a Corte determina que a coligação obrigatória de periodistas é incompatível com a liberdade de expressão (artigo 13).³¹ Nas OCs 8 e 9, de 1987, estriba-se a interpretação de que garantias judiciais e de devido processo são irrevogáveis em contextos de exceção. Todos esses exemplos demonstram que a Corte utiliza sua via consultiva para alargar o alcance dos enunciados normativos da Convenção

²⁸ Ver, *supra*, 10.

²⁹ Dentre as técnicas do método interpretativo evolutivo, tem-se uma categoria denominada “valorização da abertura normativa”, explicada desde a OC-1/82. Nela determinou-se (paras. 33 e ss.) a utilização das normas gerais de interpretação codificadas nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, associado ao critério do artigo 29.b da CADH, que valoriza o princípio *pro persona*, o qual “consiste em prover uma interpretação que possa outorgar aos indivíduos uma proteção máxima, ou seja, pronta a privilegiar a interpretação mais favorável aos indivíduos”. Assim, o método predominantemente utilizado pela Corte é a interpretação de tratados com um viés teleológico, para alcançar esse fim de maior proteção, ainda que outros (textual, histórico e sistemático) sejam acessados em casos complexos. Burgogue-Larsen, Laurence, “El contexto...”, *op. cit.*, pp. 108 e 109. No mais, a própria Corte declarou a priorização do método teleológico e sistemático, em detrimento do enfoque no conceito comum dos termos contidos nos dispositivos, para aplicação da norma mais favorável. Quanto a isso, ver Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Mérito, reparações e costas*, Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C núm. 111, para. 181; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Exceções preliminares, matéria, reparações e costas*, Sentença de 16 de novembro de 2009, Série C núm. 205, para. 59; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e costas*, Sentença de 28 de novembro de 2012, para. 257.

³⁰ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-3/83 de 8 de setembro de 1983, Série A núm. 3, ponto 1 do dispositivo, para. 76.

³¹ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, Série A núm. 5, dispositivo, para. 85.

a específicas situações de fato. O resultado de tal exercício é uma expansão material do conteúdo da Convenção.³²

As opiniões da década de 2000 também se utilizam do método de interpretação expansiva, principalmente pela técnica de utilização dos conceitos de não discriminação (texto convencional) e vulnerabilidade (desenvolvido jurisprudencialmente). A Corte Interamericana aproveita a presença na Convenção do princípio da não-discriminação (artigo 1.1) para pôr fim às situações estruturais em que os indivíduos e/ou grupos tenham sofrido uma conduta discriminatória, a partir de uma perspectiva histórica, sociológica, econômica ou política. Assim, resultou-se a construção, no contencioso, de um direito indígena e da luta contra estereótipos de indivíduos LGBTQIA+,³³ posteriormente reforçados, respectivamente, pela OC-22/16 e pela OC-24/17. Nesses casos, as opiniões consultivas são utilizadas para consolidação de interpretações anteriormente desenvolvidas.

Outra atenção se deu, já no âmbito consultivo, aos direitos dos trabalhadores migrantes, na OC-18/03, e das crianças, nas OC-17/02 e 21/14, para que se beneficiem de uma proteção jurídica elementar.³⁴ Dessa forma, ao reconhecer grupos como vulneráveis, supõe-se a adoção de medidas especiais para garantir suas proteções,³⁵ de modo que o conteúdo dessas decisões contém verdadeiras delimitações de obrigações específicas, ao que chamaram políticas públicas.³⁶

Ademais, como exemplos de decisões impactadas pelos pareceres, um dos primeiros casos analisados pela CtIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em que o país foi condenado pela violação à liberdade e integridade pessoal da vítima, cuja fundamentação se valeu da OC-6/86, que estabeleceu o dever de respeito e garantia das obrigações dos Estados em relação aos direitos da CADH.³⁷ Outro exemplo pode ser verificar no julgado *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*, em que a Corte recorreu, também dentre outras, à OC-3/83,

³² Observa-se que a OC-7/86 não define um direito material, mas esclarece como interpretar e aplicar o direito de retificação ou resposta, contido no artigo 14 da CADH, à luz dos artigos 1.1 e 2o. (p. 8).

³³ Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto...”, *op. cit.*, p. 129.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 130.

³⁶ Candia Falcón, Gonzalo, *op. cit.*, p. 72.

³⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C núm. 4, para. 165 e pontos 2 e 3 do dispositivo, para. 194.

para avaliar a proporcionalidade das medidas estatais com o fim de sancionar agentes públicos que cometeram delitos contra membros da oposição.³⁸

Em suma, é possível apontar que a Corte expande direitos e os efeitos de suas violações via pareceres consultivos que, no mínimo, não estavam claros nas fontes normativas que interpreta. Um problema emerge no âmbito de duas opiniões mais recentes. Na ocasião, a expansão de jurisdição não se ateve ao âmbito consultivo, vez que a Corte se pronunciou sobre regras que alteram os limites de sua competência contenciosa. Assim, aumenta-se as possibilidades de novos casos serem submetidos para análise jurisdicional da Corte, e os efeitos desse fenômeno já podem ser percebidos em julgamentos recém decididos.

III. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA ATRAVÉS DA JURISDIÇÃO CONSULTIVA: PROBLEMAS RECENTES

Que as interpretações sobre o *corpus juris* internacional dos direitos humanos desenvolvidas pela Corte Interamericana no âmbito consultivo são adotadas no âmbito contencioso não parece ser particularmente surpreendente, sobretudo à luz da prática contenciosa de outras cortes internacionais.³⁹ É uma questão de consistência jurisprudencial que a solicitação de interpretação sobre um dispositivo da Convenção seja posteriormente congruentemente aplicado pelo órgão jurisdicional diante de casos concretos. Todavia, em duas opiniões consultivas recentes, técnicas interpretativas expansivas foram utilizadas no âmbito consultivo com implicações diretas na delimitação do escopo jurisdicional contencioso da Corte. Em outras palavras, a Corte Interamericana de Direitos Humanos expandiu sua jurisdição contenciosa através da resposta a uma opinião consultiva requerida por um Estado.

Uma primeira expansão diz respeito à competência *ratione personae*, vez que a Corte firmou, na OC-22/16, versando sobre a titularidade de direitos de pessoas jurídicas no Sistema Interamericano, a possibilidade de peticionamento ao sistema por entes que originalmente não possuíam capacidade postulatória perante o sistema. É o caso de sindicatos, federações e

³⁸ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia. Exceções preliminares, mérito, reparações e costas*, Sentença de 26 de maio de 2010, Série C núm. 213, para. 150.

³⁹ Oellers-Frahm, Karin, “Lawmaking...”, *op. cit.*, p. 1051.

confederações, pessoas jurídicas que foram reconhecidas como detentoras dos direitos de associação e liberdade de funcionamento, previstos no artigo 8.1.a do Protocolo de San Salvador. Esses direitos de proteção já haviam sido abordados em casos anteriores,⁴⁰ mas pela primeira vez a CtIDH “concluiu a titularidade dos direitos estabelecidos no artigo 8.1 do Protocolo dos sindicatos, das federações e das confederações, o qual lhes permite apresentar-se perante o sistema americano em defesa de seus próprios direitos”.⁴¹ Esse é um desenvolvimento interessante, vez que, ao realizar tal reconhecimento, a CtIDH alarga o rol de entes peticionários e, por consequência, o número de clientes de sua jurisdição.

A Corte lançou mão de diversos argumentos para chegar a esta conclusão. Aduziu ter empregado as técnicas de interpretação de tratados da Convenção de Viena (artigos 31 e 32),⁴² a fim de realizar essa conclusão em 5 aspectos [(1) a (5)]. (1) Quanto à terminologia, deduziu que a escrita do artigo 8.1.a enseja a conclusão de que sindicatos, federações e confederações constituem pessoas jurídicas distintas de seus associados, com capacidades diferentes para contrair obrigações e adquirir e exercer direitos.⁴³ (2) Isso estaria alinhado aos objetivos do Protocolo de San Salvador, que desde o preâmbulo anuncia a essencialidade desses direitos para salvaguardar a dignidade humana, a democracia e o direito dos povos do continente, de modo que a proteção desses direitos aos entes garante, inclusive, melhor gozo dos direitos dos trabalhadores.⁴⁴

(3) Além disso, em uma interpretação sistêmica, destacou que a Carta da OEA, essencial para o Sistema, consagra no artigo 45.c a proteção da li-

⁴⁰ A Corte havia anteriormente estabelecido que a liberdade de associação de entidades sindicais integra o *corpus juris* dos direitos humanos no caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (para. 158) e que os Estados eram obrigados, com base no artigo 8.1.a do Protocolo, a permitir que essas entidades operem livremente, no caso *Huilca Tëcse vs. Peru* (para. 74).

⁴¹ Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*, Opinião Consultiva OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016, Série A núm. 22, para. 105. No original: “...ha concluido la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos”.

⁴² *Ibidem*, para. 36.

⁴³ *Ibidem*, paras. 91 e 92.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 98.

berdade e independência das associações de trabalhadores e, no artigo 45.g, reconhece a contribuição dos sindicatos à sociedade.⁴⁵ Essa interpretação se alinharia até mesmo ao princípio *pro persona*, pois não exclui ou limita o efeito que podem ter outros instrumentos.⁴⁶ (4) Outro argumento usado pela Corte nessa opinião seria de que essa interpretação concede ao artigo 8.1.a o fim de “maior efeito útil”, de maneira a reforçar a importância dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos sociais e culturais.⁴⁷ (5) Por último, de forma complementar, a CtIDH ainda examinou os trabalhos preparatórios, cuja discussão do artigo 19.6, o qual determina os direitos que a Corte pode reconhecer contenciosamente, sugeriria que a intenção dos Estados sempre foi de garantir os direitos das organizações sindicais como direitos de exigibilidade imediata.⁴⁸

O uso dessas técnicas interpretativas pela Corte não é particularmente inovador. A singularidade do exercício é a sua conclusão expansiva de petionários⁴⁹ —inferência que parece contrastar com o texto da Convenção Americana—. Em outras palavras, a Corte não empregou nenhuma técnica interpretativa diferente das que já empregara no passado para realizar a expansão de sua jurisdição a novos petionários.

Um segundo exemplo, talvez ainda mais cristalino, em que a CtIDH expandiu sua jurisdição ocorreu na OC-23/17 sobre O Meio Ambiente e Direitos Humanos. A relação entre meio ambiente e direitos humanos tem sido um tópico de recente atenção por parte de órgãos internacionais, cortes e doutrina, e a questão também se verifica no âmbito interamericano.⁵⁰

⁴⁵ *Ibidem*, para. 94.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 95.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 98.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 100.

⁴⁹ A própria Corte Interamericana conclui, na OC-22/16, que o critério contido no artigo 1.2 da CADH não atribui a pessoas jurídicas a titularidade de direitos (para. 71). Contudo, essa expansão para pessoas jurídicas é realizada na Opinião não só em reconhecimento ao que prevê o Protocolo de San Salvador para entidades trabalhistas, mas também, quanto à Convenção Americana, em reconhecimento do que já era aplicado no contencioso, de titulação de direitos referentes a comunidades indígenas. Ela cria essa exceção ao se apoiar em demais instrumentos jurídicos do sistema, internacionais e legislações internas, os quais concedem aos povos direitos, além de afirmar que certos direitos são socialmente experienciados pelos povos indígenas de maneira coletiva, como o direito à propriedade (para. 83).

⁵⁰ Pode-se citar, por exemplo: Boyle, Alan, “Human Rights and the Environment”, em Boer, Ben, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp.

Recorda-se que o litigar de questões ambientais autonomamente perante jurisdições de direitos humanos é um aspecto bastante limitado destas cortes internacionais.⁵¹ No momento do design institucional da Corte, o número de direitos a ser individualmente litigados envolviam, em essência, direitos civis e políticos. Não por acaso os direitos econômicos sociais e culturais foram relegados a um segundo documento, o Pacto de San Salvador. A Corte Interamericana, contudo, aproveitou a ocasião do pedido de parecer consultivo requerido por parte da Colômbia para concluir que direitos ambientais poderiam ser adjudicados diretamente em relação à Convenção — algo que não se encontra previsto no texto do tratado—. ⁵² Na ocasião da opinião 23, a Corte parece ter sido inovadora e, por consequência, expandido sua jurisdição em relação a pelo menos três aspectos: (a) inseriu o meio ambiente como direito autônomo sob o artigo 26 da CADH; (b) alargou a noção de jurisdição para fins de responsabilização internacional; (c) incorporou à obrigação de respeito ao meio ambiente sadio *standards* protetivos em relação ao meio ambiente bastante avançados.

(a) A Corte considerou o direito ao meio ambiente sadio como integrante⁵³ do artigo 26 da Convenção,⁵⁴ primeiramente em referência à Carta da OEA, pois o dispositivo da CADH protegeria os direitos nela contidos de-

201-239; Pavoni, Riccardo, “Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, em Boer, Ben, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 69-106.

⁵¹ Sobre a questão, ver Shelton, Dinah, “Human Rights and the Environment: Substantive Rights”, em Fitzmaurice, Malgosia *et al.* (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010; e, de maneira geral, Pavoni, Riccardo, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte Europea dei Diritti Umani*, Nápoles, Scientifica, 2013.

⁵² O artigo 11 do Protocolo de San Salvador prevê o “direito a um meio ambiente sadio”. Todavia, o artigo 19.6 no Protocolo firma que somente os direitos estabelecidos nos dispositivos 8.1.a (liberdade sindical) e 13 (educação), caso violados por um Estado parte do documento, podem ser judicializáveis perante o sistema de peticionamento que envolve a Comissão e a Corte.

⁵³ Vale destacar que Burgorgue-Larsen (“El contexto...”, *op. cit.*, p. 124) aponta a integração como associada à “técnica de identificação de novos direitos”, enquanto parte da metodologia de interpretação evolutiva. Nela, identifica-se um direito não presente nos termos do artigo a que se quer atribuí-lo.

⁵⁴ Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención*

rivados das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência, e cultura.⁵⁵ A Corte utiliza-se da regra de interpretação do artigo 29 da Convenção Americana para atribuir ao artigo 26 os direitos da Carta da OEA, da Declaração Americana e de outros tratados internacionais da mesma natureza, replicando a fundamentação criada desde o caso *Lagos del Campo vs. Peru*, de 2017. Na ocasião, a Corte expandiu pela primeira vez o escopo do artigo 26, permitindo litigar direitos trabalhistas e de liberdade de associação abarcados pelo dispositivo a título de desenvolvimento progressivo.⁵⁶

Americana sobre Derechos Humanos), Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, Série A núm. 23, para. 57.

⁵⁵ Artigos 30, 31, 33 e 34 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C núm. 340, para. 142. A Corte estabeleceu que o artigo 26 da CADH estava sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2o., que dizem respeito à obrigatoriedade de respeitar os direitos e ao dever de adotar disposições de direito interno para concretizá-los, assim como estão os artigos 3o. a 25, passíveis de litigância, além de que o 26 protege os direitos derivados dos demais tratados. Segundo a Corte, estes seriam derivados das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. Assim, a CtIDH reconheceu na sentença o direito à estabilidade laboral como protegido por esses dispositivos e o declarou o artigo 26 violado pelo Estado peruano. No ano seguinte, a Corte reinterpretou a possibilidade de judicialização dos DESCA, em aplicação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no caso *Cuscul Pivaryl y otros vs. Guatemala*. À ocasião, entendeu que é a interpretação literal do artigo 26 que permite trazer outros instrumentos, pois “es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los «derechos» que sea posible derivar de la Carta de la OEA” (para. 78). Igualmente, afirmou, pela interpretação sistêmica do contexto da própria Convenção Americana, que “al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención” (para. 84). Ademais, também pela interpretação sistêmica, ela busca contornar a limitação de litigância do artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador ao afirmar que “no queda duda que la voluntad de los Estados sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación”, mas “no debe ser interpretado como un precepto que limite el alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos. Por el contrario, el Tribunal advierte que una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, esta limitación no debe ser asumida por este Tribunal” (paras. 87 e 88). Ao fim, após reafirmar a interpretação teleológica, recorre ao método complementar de

Ulterior argumento utilizado pela Corte para justificar a autonomia de direitos ambientais sob o artigo 26 foi o reiterar da interdependência e indivisibilidade existente entre os direitos civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais.⁵⁷ A interpretação expansiva da Corte inserindo o direito autônomo ao meio ambiente sadio sob a rubrica do artigo 26 é inovadora. Não por acaso, no âmbito da própria Corte, a tese gerou resistências. Em seu voto dissidente à opinião, o juiz Vio Grossi aguilhoou a decisão da Corte sob o argumento de que “os direitos sob análise não se encontram compreendidos ou contidos na Convenção e, por isso, não podem ser objeto do sistema de proteção que ela [a Corte] contempla”.⁵⁸ Vio Grossi parecia antever a possibilidade de, uma vez declarada a autonomia esses direitos, tê-los como objeto do contencioso individual.

(b) A segunda questão em que a Corte parece ter inovado na opinião 23 refere-se ao alcance de sua jurisdição. Isto porque pronunciou-se sobre novo critério de aplicação extraterritorial dos direitos associados ao meio ambiente. Segundo a Corte “uma pessoa está submetida à jurisdição de um Estado, no que diz respeito a uma conduta cometida fora do território desse Estado (condutas extraterritoriais) ou com efeitos fora desse território”, em situações em que “referido Estado está exercendo autoridade sobre a pessoa ou quando se encontre sob seu controle efetivo, seja dentro ou fora de seu território”.⁵⁹ Ainda que tenha salientado que esse controle extraterritorial é excepcional, existe um claro entendimento que as obrigações incumbentes a um Estado parecem ter se expandido no novo entendimento da Corte a qualquer atividade de entes sob seu controle fora do território.

A novidade se encontra no expresse reconhecimento do critério de controle efetivo, cuja definição no âmbito da jurisprudência da CtIDH é incer-

recorrer aos trabalhos preparatórios da Convenção Americana para fazer menção ao desejo, à época de estabelecer com o artigo 26 “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica... en su cumplimiento y aplicación” (para. 95). Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*, Sentença de 23 de agosto de 2018, Série C núm. 359, paras. 75 e ss. Isso aponta para uma tentativa de reforço constante ao fundamento sobre a judicialização dos DESCAs.

⁵⁷ Corte IDH, OC-23/17, para. 57.

⁵⁸ Corte IDH, OC-23/17, Voto concorrente do juiz Eduardo Vio Grossi, para. 5. No original: “los derechos en comento no se encuentran comprendidos o contenidos en la Convención y, por ende, no pueden ser objeto del sistema de protección que ella contempla”.

⁵⁹ Corte IDH, OC-23/17, para. 81.

ta.⁶⁰ A expansão da competência ligada a esse novo critério é dupla. Surge uma nova possibilidade de a Corte julgar um caso cuja suposta violação de um direito ocorre em um “local” diferente do tradicionalmente abarcado por sua jurisdição. Ademais, essa violação extraterritorial poderia atingir pessoas que anteriormente não seriam consideradas vítimas petionantes perante o sistema, por estarem sob jurisdição de um Estado que não reconheceu a competência da Corte. Tal parecer encontrou alguma perplexidade por parte dos comentaristas.⁶¹

(c) A Corte parece ter sido particularmente inovadora também quando incorporou e reconheceu a existência de certas obrigações para os Estados cujo reconhecimento no campo do direito internacional público é ainda aberto à discussão. Um exemplo nesse sentido é o expresse reconhecimento da obrigatoriedade do princípio da precaução no direito internacional.⁶² Alguns Estados preferem a defesa de uma “abordagem precaucional”, como apontado pela jurisprudência de outros tribunais internacionais.⁶³ Nessa passagem, a CtIDH dá a impressão de ter incorporado ao seu *corpus juris* obrigações ainda em formação no âmbito da comunidade dos Estados.

As três expansões acima indicadas possuem impacto no futuro contencioso da Corte Interamericana vez que robusteceu os direitos litigáveis contenciosamente sob o artigo 26 (incluindo claramente o direito ao meio ambien-

⁶⁰ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a partir da atuação de sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) tentou apontar caminhos para a aplicação do critério do controle efetivo. Sugeriu-se que sejam avaliados níveis de controle, desde a possibilidade de uma empresa cometedor de alguma violação a direitos ambientais ser efetivamente estatal ou excedora de alguma atividade delegada, até níveis menores, como pela averiguação de o Estado ter efetivamente exercido seu dever de fiscalização e exigência do cumprimento de normas ambientais por ela. CIDH, *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1o. de novembro de 2019, paras. 152 e ss., disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>.

⁶¹ Sobre a questão, ver Papantoniou, Angeliki, “Advisory Opinion on the Environment and Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018, pp. 460-466; Estupiñan Silva, Rosmerlin, “Primera opinión interamericana sobre medio ambiente: ¿derecho exigible o decisión *ultra vires*?”, *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 11, pp. 61-80.

⁶² Corte IDH, OC-23/17, paras. 175 e ss., e tópico 6 do dispositivo, para. 244.

⁶³ Kelly, Elsa, “The Precautionary Approach in the Advisory Opinion Concerning the Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, em International Tribunal for the Law of the Sea, *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996-2016*, Leiden, Brill, 2017.

te sadio e outros),⁶⁴ alargou a noção de jurisdição extraterritorial e, ainda, incorporou *standards* internacionais mais avançados na correta interpretação desses direitos. Esses recentes passos parecem contrastar com uma atividade mais contida da Corte, inclusive, ao se comparar com o desenvolvimento anterior no seio da competência consultiva relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais e ambientais (DESCA).⁶⁵ Por exemplo, na OC-18/03, optou-se pela via da não-discriminação para declarar que todos os migrantes trabalhadores gozam de igualdade perante a lei, sem importância de seu status migratório, de modo a desenvolver com cautela direitos trabalhistas, adotando-se de um fundamento jurídico menos controverso,⁶⁶ posição essa não mais adotada.

Quanto aos efeitos desses pareceres já constatados no contencioso, pode-se apontar que as conclusões da OCs 22 ainda não repercutiram no contencioso da Corte. Todavia, recente decisão da Corte Interamericana aplicou o reconhecimento dos direitos ao meio ambiente saudável, à água, à alimentação e à participação e atividade cultural como incluído no artigo 26.

Na sentença de 6 de fevereiro de 2020, no caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, a Corte Interamericana encontrou ocasião para aplicar os raciocínios desenvolvidos no âmbito da OC-23. Em síntese apurada, o caso cuida de 132 comunidades indígenas que tiveram seus direitos à terra diversas vezes desrespeitados aos longos dos anos e, em seu território, atividades de *criollos* causaram danos ambientais e redução da biodiversidade, o que foi comprovado por peritos.⁶⁷ Por tais razões, a Corte, *inter alia*, condenou a Argentina pela violação do

⁶⁴ Corte IDH, OC-23/17, para. 66: “The Court considers that the rights that are particularly vulnerable to environmental impact include the rights to life, personal integrity, private life, health, water, food, housing, participation in cultural life, property, and the right to not be forcibly displaced”.

⁶⁵ Sobre a questão, ver Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R., “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties: Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, 2013, pp. 160-186.

⁶⁶ Lyon, Beth, “The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Worker’s Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18”, *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 28, 2004, pp. 547-565.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Mérito, reparaciones e costas*, Sentença de 6 de fevereiro de 2020, Série C núm. 400, paras. 272-289. Sobre a questão de peritos em controvérsias ambientais, ver Lima, Lucas

direito a um meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à água, e à participação da vida cultural e identidade cultural. Vez que tais direitos não estão expressamente previstos na Convenção Americana, a Corte incluiu-os sob a rubrica de desenvolvimento progressivo do artigo 26. Se, num primeiro momento, a estratégia da Corte foi confiar em sua jurisprudência anterior de incluir os DESC no rol de direitos litigáveis, a Corte ancorou-se no raciocínio desenvolvido na OC-23 para “se pronunciar sobre os direitos a um meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à água e a participar da vida cultural a partir do artigo 26 da Convenção”.⁶⁸ Por fim, condenou o Estado pela violação do artigo 26 e atribuiu reparações a cada um dos direitos autonomamente.

Contudo, tal decisão relativa à judicialização dos DESC no âmbito do artigo 26 ocorreu no cenário de uma Corte dividida. A divisão dos juízes no caso, que foi solucionada pelo infrequente voto de minerva da Presidente da Corte,⁶⁹ revela parte das tensões presentes na câmara de deliberação. Para os que estavam com a maioria, a *ratio* do princípio *pro persona* justificava

Carlos, “O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 13, 2016, pp. 245-261.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. . . , *cit.*, paras. 201 e ss. Do original: “La Corte advierte que este es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención”.

⁶⁹ É bastante incomum haver tamanha discordância na Corte. Em pesquisa realizada, foram levantados seis casos em que, por alguma composição, ocorreu a dissidência de três magistrados, sendo que a maior parte deles (*caso Gangaram Panday vs. Suriname*, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* e *caso Wong Ho Wing vs. Peru*) foi relativo à insuficiência probatória para condenar o Estado às alegações específicas mencionadas (dissidências ocorridas somente em relação a algum direito supostamente violado, com condenações ocorridas em demais), em um deles a discussão se centrou no montante indenizatório fixado (*caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*) e em um a questão levantava uma ponderação entre direitos (*caso Mémoli vs. Argentina*, em que se analisou a ponderação entre o direito à honra e à liberdade de expressão ocorrida no caso). Em apenas um deles a cisão dizia respeito à impossibilidade de declarar algum direito violado (*caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*). Isso destaca a relevância da divisão da Corte notada no caso em análise, que não ocorreu nos demais casos de violação de DESC pelo artigo 26, apesar da constante dissidência dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto, pois o juiz uruguaio Pérez Manrique, cuja judicatura se iniciou em 2019, apenas emitiu votos separados concordantes nos casos anteriores sobre DESC dos quais participou, *caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru* e *caso Hernández vs. Argentina*.

a expansão e judicialização dos DESCAs. O juiz Mac-Gregor Poisot parece também ter levado em consideração o fato de que o Estado argentino não contestou a competência da Corte para adjudicar individualmente direitos ambientais (e outros) sob a rubrica do artigo 26.⁷⁰ Não reconhecer a autonomia dos DESCAs sob o artigo 26 implicaria, segundo ele, num retrocesso contrário à jurisprudência. Lógica similar parece se depreender do voto concorrente do juiz Pazmiño Freire, para quem, em certas circunstâncias, “se impõe implementar uma hermenêutica mais expansiva da norma para garantir uma melhor proteção do ser humano”.⁷¹

Na voz dos três dissidentes alguns elementos e argumentos interessantes emergem. O juiz Manrique, por exemplo, claramente encampa a narrativa de uma Corte dividida em relação aos DESCAs, cuja judicialização inicia-se em 2017. Tal divisão parece reforçar a ciência da Corte que seu exercício é o de inovação jurisprudencial. Dentre os juízes dissidentes que não concordaram com a violação autônoma do artigo 26, o juiz Manrique é aquele que oferece uma posição intermediária, sugerindo a violação dos DESCAs juntamente a outros direitos reconhecidos na Convenção. Para ele “a Corte tem o dever convencional de fazer justiça nos casos concretos dentro dos limites previstos pelo direito dos tratados”.⁷² Sua sugestão parece assemelhar-se à posição da Corte Europeia na matéria.⁷³

As opiniões dissidentes mais contundentes parecem revelar algumas fragilidades da lógica expansiva da Corte. O juiz Vio Grossi opta pela argumentação da tradicional interpretação normativa nos termos da Convenção de

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto concorrente do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, para. 6.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto concorrente do juiz Patricio Pazmiño Freire, para. 11. Do original: “bajo ciertas circunstancias, y a partir de este trasfondo es que, en ciertas oportunidades, se impone implementar una hermenéutica más expansiva de la norma en pos de garantizar una mejor protección del ser humano”.

⁷² Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto parcialmente dissidente do juiz Ricardo C. Pérez Manrique, para. 16. Do original: “la Corte tiene el deber convencional de hacer justicia en casos concretos dentro de los límites previstos por el derecho de los tratados”.

⁷³ A título de exemplo, o direito a um meio ambiente sadio é reconhecido em conexão com o direito à vida nos casos *Fadeyeva vs. Rússia* e *Öneryıldız vs. Turquia*, ou com o direito à vida privada e familiar, nos casos *López Ostra vs. Espanha* e *Tatar vs. Suíça*. Mais casos, conferir Corte Europeia de Direitos Humanos, “Factsheet – Environment and the ECHR”, março de 2020.

Viena sobre Derecho dos Tratados. Em exegese pormenorizada analisando o texto do artigo 26 bem como outros documentos do *corpus juris* interamericano, Vio Grossi reprisa seu argumento aduzido na OC-23 de que as técnicas tradicionais de interpretação de tratado não permitem incluir DESCA como judicializáveis. Para Vio Grossi, a interpretação empregada pela Corte privilegia o método teleológico em detrimento de outros métodos haja vista a indicação textual. O juiz chileno parece sugerir que a interpretação da Corte é até mesmo *contra legem* na medida que negligencia o texto, permitindo a justiciabilidade destes direitos, quando sugere que a Corte não emprega “adequadamente os meios de interpretação previstos na Convenção de Viena, [conduzindo] a um resultado contrário à lógica e jamais desejado nem previsto na Convenção”.⁷⁴

O juiz Sierra Porto oferece uma opinião contundente na matéria: a de que a CtIDH não tem competência para adjudicar DESCA.⁷⁵ Para o juiz colombiano, a Corte não possui competência expressa “nem pela Convenção Americana, nem pelo artigo 19.6 do Protocolo... interpretados à luz dos artigos 30 e 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.⁷⁶ Sierra Porto arvora seu posicionamento no fato de que os Estados membros do Protocolo de San Salvador só permitiram litigar alguns direitos, não estando meio ambiente (*inter alia*) entre eles. Conclui ainda que é problemático a referência a instrumentos internacionais de *soft law* por conveniência.⁷⁷

A crítica presente nas opiniões dos três juízes é lancinante e revela a fratura no interior da Corte que expande sua competência para adjudicar DES-

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto parcialmente dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi, para. 88. Do original: “no emplear adecuadamente los medios de interpretación previstos en la Convención de Viena, conduce a un resultado contrario a la lógica y jamás deseado ni previsto en la Convención”.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto parcialmente dissidente do juiz Humberto Antonio Sierra Porto, para. 6. Do original: “Reitero que el Tribunal no tiene esta competencia de manera expresa, ni por la Convención Americana, ni por el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo adelante “Protocolo de San Salvador”), interpretados a la luz de los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

⁷⁶ *Idem*. No original: “ni por la Convención Americana, ni por el artículo 19.6 del Protocolo... interpretados a la luz de los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 7.

CA. Contudo, parece haver algo ausente nas opiniões dos juízes: o fato de que a expansão dos direitos ambientais ocorreu no alargamento da opinião 23 e não apenas no litígio dos DESCA.

Se a Corte cita expressamente no caso *Lhaka Honhat* a OC-23/17 para fundamentar a expansão de direitos ambientais, direito à alimentação, à água, e de participação e identidade cultural, é interessante verificar que os juízes dissidentes negligenciam este argumento em sua dissidência. Eles não enfrentam o fato de que a Corte já decidira por sua justiciabilidade no passado e que porventura seria incongruente mudar essa posição em via contenciosa. Parece existir uma dissociação por parte dos magistrados que foi não apenas no âmbito contencioso, mas eminentemente através da jurisdição consultiva, que o principal alargamento dos DESCA ocorreu.⁷⁸ Tal alargamento e aplicação contenciosa dos direitos desenvolvidos em âmbito consultivo obviamente possui desdobramentos e questionamentos.

A postura expansiva da Corte levanta uma série de interrogativos. Por exemplo, pode-se questionar se, à luz da nova interpretação da Corte, todos os direitos elencados no Pacto de San Salvador podem ser litigados diretamente sob a rubrica do artigo 26. A Corte também não esclarece se somente entidades coletivas como povos indígenas estariam legitimados a contestá-los. Quais serão as reações dos Estados e dos atores sociais interamericanos diante dessa postura mais ampla da Corte? As decisões da Corte irão influenciar de alguma maneira em sua efetividade e no cumprimento das decisões? Estados estarão mais inclinados a resistir decisões baseadas no artigo 26 da Corte? As decisões baseadas nas interpretações de direitos sociais sob o artigo 26 ou postuladas por atores não originalmente reconhecidos serão tratadas de maneiras distintas pelos Estados e terão seus cumprimentos afetados? A prática futura oferecerá indicações para esses questionamentos, que influenciarão tanto os debates em relação à autoridade quanto de legitimidade da Corte.

⁷⁸ Está sob deliberação uma opinião consultiva solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acerca do “Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero”. Conforme explicitado, a liberdade sindical é um direito judicializável, conforme o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador. Assim, caso o parecer seja emitido, não ocorreria maior impacto sobre os contornos jurisdicionais da competência contenciosa da Corte e, portanto, somente em casos futuros seria identificável nova observação dos magistrados sobre a aplicação de uma mudança na jurisdição ter sido originada em uma OC.

IV. PUNTOS DE FORÇA, RISCOS E CONSEQUÊNCIAS DA EXPANSÃO DA CORTE EM VIA CONSULTIVA

O exercício de expansão da jurisdição de uma corte internacional através de opiniões consultivas não é desprovido de desdobramentos, impactos e riscos. A imediata reação e divisão da Corte no *caso Lhaka Honhat* confirma essa tese. Nesta seção, três desses potenciais desdobramentos são explorados. O primeiro deles (I) são os pontos de força que tal exercício pode gerar em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O segundo desdobramento (II) é o potencial impacto da expansão da jurisdição da CtIDH em matéria de DESCAs no que se refere ao controle de convencionalidade e, eventualmente, à aplicação dos critérios pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O terceiro desdobramento (III) analisa os riscos de resistência à atitude expansiva da Corte e sua posterior recepção pelos Estados.

(I) Não se ignora que o exercício de expansão de jurisdição —que de uma maneira geral se insere numa tendência expansiva e protetiva da Corte— pode possuir pontos positivos. O primeiro deles é o fato de que a Corte realiza algo que os Estados dificilmente realizarão num momento de resistência ao direito internacional:⁷⁹ atribuir maior jurisdição a uma corte de direitos humanos num assunto de essencial interesse e de amplos contornos como o meio ambiente. Um exemplo bastante ilustrativo são as discussões envolvendo a Amazônia brasileira e a eventual responsabilização internacional do Brasil pelos alegados danos ocorridos em virtudes de incêndios.⁸⁰ Dificilmente o atual governo brasileiro estaria inclinado a expandir a jurisdição da CtIDH aderindo expressamente à possibilidade de litigar questões ambientais. Obviamente que permanece o questionamento se o fato de que os Estados não adeririam não significa que a Corte está, efetivamente, evitando o consentimento dos Estados.

⁷⁹ Parte da análise pode ser encontrada em Crawford, James, “The Current Political Discourse Concerning International Law”, *The Modern Law Review*, vol. 81, 2018, pp. 1-22; Pellet, Alain, “Values and Power Relations – The «Disillusionment» of International Law?”, *KFG Working Paper Series*, núm. 34, maio de 2019; Koskeniemi, Martti, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Haia, Asser Press, 2019; Krieger, Heike et al., *The International Rule of Law: Rise or Decline?*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁸⁰ Sobre a questão, ver Dupuy, Pierre-Marie, “Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, 2019, pp. 2-6.

Outro aspecto positivo do exercício da Corte é a realização de uma efetiva aplicação do artigo 26 dando concreto significado à ideia de “desenvolvimento progressivo”: a lógica seria de que, vez que os Estados há quarenta anos entenderam que aquele ramo do direito deveria se desenvolver, uma série de movimentos e documentos internacionais legitimariam o agir da Corte.⁸¹ Na qualidade de um catalisador de novas tendências, o exercício da Corte estaria dando efeito útil a um dispositivo esquecido da Convenção e atualizando-o à luz do que há de mais inovador no direito internacional dos direitos humanos. Estaria a CtIDH enfim criando “condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.⁸² Ou, nas palavras da própria Corte, tal interpretação “permite atualizar o sentido dos direitos derivados da Carta que se encontram reconhecidos no artigo 26 da Convenção”.⁸³

Contudo, este movimento vanguardista protetivo da Corte dependerá essencialmente da vontade dos Estados para confirmar os dois argumentos positivos anteriormente solevados. Caso os Estados-parte da Convenção bem recepcionem os casos futuramente litigados em matéria ambiental e relativas a outros DESCAs (como, *e.g.*, o direito à água), o exercício da Corte se provará uma interessante técnica para inserir no seu rol de direitos protegidos também os direitos conexos ao meio ambiente. Um contexto de resistência à Corte Interamericana por parte de alguns países, sobretudo no âmbito

⁸¹ A ideia de desenvolvimento progressivo foi explorada melhor em sentenças posteriores ao caso *Lagos del Campo vs. Peru*, como no caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, em que declarou-se que a progressividade “no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano”. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Mérito, reparaciones e costas*, Sentença de 8 de março de 2018, Série C núm. 349, para. 104. Ainda, no caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, a Corte reforçou que a progressividade deve ser entendida como proibição à inação e replicou o artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, para apontar que o cumprimento desses direitos se deve realizar em conformidade com o máximo de recursos disponíveis. Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala...*, *cit.*, para. 80.

⁸² Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁸³ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina...*, *cit.*, para. 199. Do original: “la Corte realiza una interpretación que permite actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta que se encuentran reconocidos en el artículo 26 de la Convención”.

de suas cortes supremas,⁸⁴ parece indicar que tal recepção não ocorrerá de maneira pacata tampouco uniformemente. Um argumento que favorece o argumento da Corte, inclusive indicado na opinião 23, é o fato de que a proteção do meio ambiente é comumente inserida no rol de direitos protegidos no âmbito das constituições latino-americanas.⁸⁵ A Corte parece particularmente atenta em suas decisões a indicar as normas e as jurisprudências nacionais em relação ao direito litigado, num exercício muito similar (embora com distinções significativas) à técnica do “consenso europeu”.⁸⁶ Talvez, em vez de confirmar suas decisões nas decisões nacionais dos Estados, uma alternativa para atenuar os efeitos da expansão de sua jurisdição contenciosa através da consultiva é realizar uma maior indicação aos Estados quando tal situação ocorrer. Em situações extremas onde o próprio consentimento dos Estados pode estar em xeque (como litigar direitos não previstos na Convenção) uma consulta direta possa ser idealizada e seria bem-vinda.

(II) O segundo essencial desdobramento da expansão jurisdicional da Corte relaciona-se à exigência do controle de convencionalidade por parte dos poderes internos dos Estados membros da Convenção⁸⁷ e a aplicação dos

⁸⁴ Ver, nesse sentido: Huneus, Alexandra Valeria, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 493-533; Huneus, Alexandra Valeria, “Rejecting the Inter-American Court”, em Couso, Javier *et al.* (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁸⁵ Corte IDH, OC-23/17, para. 58.

⁸⁶ Lixinski, Lucas, “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, em Kapotas, Panos e Tzevelekos, Vassilis P. (eds.), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019. Sobre a questão, ver Dothan, Shai, “Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2018, pp. 392-418.

⁸⁷ O controle de convencionalidade foi reconhecido em 2006, no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (paras. 124 e ss.), embora essa sentença aponte que as bases de sua fundamentação possam ser traçadas desde o caso *Barrios Altos vs. Peru* (para. 43), de 2001. Na ocasião, a Corte entendeu que os juízes, enquanto parte do Estado que ratificou a Convenção, estão a ela submetidos e devem aplicá-la, juntamente com a interpretação dela feita pela Corte, nos casos concretos. Posteriormente, a Corte incorporou o dever de adoção por outros poderes estatais, declarando, por exemplo, no caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, de 2012, que “todas as autoridades e órgãos de um Estado Parte da Convenção tem obrigação de exercer um «controle de convencionalidade»” (para. 142). Burgorgue-Larsen (“El contexto...”, *op. cit.*, p. 132) indica o papel do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor no desenvolvimento teórico da doutrina, desde sua participação como juiz *ad hoc* mexicano no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,

DESCA no âmbito da Comissão Interamericana. Um cenário que é agudizado pela função proto-constitucional que a CtIDH é atribuída.⁸⁸ Desde a OC-21/14, a Corte Interamericana adota a posição de que o conteúdo de seus pareceres consultivos, enquanto norma interpretada, deve ser aplicado pelos Estados.⁸⁹ A legitimidade dessa interpretação já esbarra em inúmeras críticas da doutrina ao controle,⁹⁰ bem como de uma adoção díspar pelos membros do Sistema.⁹¹

de 2010. Sobre o desenvolvimento do controle, conferir Ramos, André de Carvalho, “Control of Conventionality and the Struggle to Achieve a Definitive Interpretation of Human Rights: The Brazilian Experience”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 64, 2016, pp. 11-32; Burgorgue-Larsen, Laurence, “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, *Max Planck Encyclopedia of Procedural International Law*, 2018.

⁸⁸ Ver, nesse sentido: Von Bogdandy, Armin, “*Ius constitutionale commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 269, 2015, pp. 13-66; Huneeus, Alexandra Valeria, “The Inter-American Court of Human Rights: How Constitutional Lawyers Shape Court Authority”, em Alter, Karen J. *et al.* (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

⁸⁹ Corte IDH, OC-21/14, paras. 31 e 32. O argumento utilizado pela Corte para integrar o conteúdo dos pareceres ao escopo de interpretações a se incorporar no âmbito interno foi de que a competência consultiva “inegavelmente compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de «proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos»”, em referência ao para. 29 da OC-2/82.

⁹⁰ Quanto a críticas à fundamentação usada pela Corte para criar a doutrina do controle de convencionalidade, pela impossibilidade de vinculação, além de uma avaliação sobre a possibilidade de emplaça-la via construção de um costume, todavia longe de estar concretizado nos países do Sistema, conferir Contesse, Jorge, “The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, 2018, pp. 1169-1191. Mais críticas em: Mejía-Lemos, Diego Germán, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine: A Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 117-151.

⁹¹ Inúmeros estudos tratam da recepção da doutrina do controle de convencionalidade no continente. Burgorgue-Larsen (“El contexto...”, *op. cit.*, p. 133-135) aponta, em geral, a incorporação realizada pelo México, e em oposição as práticas, à época, de Venezuela e Brasil, além de apontar perigos de interpretações errôneas, que seria o caso do Uruguai. Para um estudo mais específico sobre a adesão brasileira, conferir Volpini Silva, Carla Ribeiro e Wanderley Junior, Bruno, “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*, vol. 12, pp. 612-630. Já uma análise sistêmica recente está contida em Legale, Siddharta, *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional transnacional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

Particularmente à OC-23/17, deprende-se que os Estados deverão incorporar todas as noções ambientais desenvolvidas progressivamente no âmbito da Corte. Isso pode gerar discrepâncias entre direitos ambientais e outros direitos, ponderações comumente realizadas no âmbito das supremas cortes de acordo com os interesses das agendas dos governos. No mais, ainda que se alegue que os sistemas internos possuem normas relativas à proteção do meio ambiente, os critérios adotados e princípios reconhecidos no parecer apresentam um avanço em relação ao próprio direito internacional ambiental, como o critério de extraterritorialidade, o que poderia suplantar o procedimento legislativo interno,⁹² a determinação de políticas públicas e o diálogo sócio-político denso acerca dessa temática ainda em desenvolvimento.⁹³

⁹² Criticou-se a liberdade limitada dos juízes nacionais ao aplicarem obrigatoriamente a jurisprudência interamericana para exercer o controle difuso de constitucionalidade, pois eles possuem maior conhecimento sobre a realidade local e, nesse sentido, uma aplicação mecânica poderia até afetar a independência de suas ponderações. Dulitzky, Ariel E., “An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine”, *AJIL Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 100-108. Isso parece ser reforçado por análises recentes, como o projeto do Comitê Jurídico Interamericano de elaboração de um guia para a aplicação do princípio de convencionalidade, em condução pela relatora Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Em 2018 foi apresentado o texto do guia, que continha a determinação, dentre outros, do “princípio quarto”, que descreve a predominância das normas internacionais. CJI, *Guía para la aplicación del principio de convencionalidad*, CJI/doc.557/18, 20 de fevereiro de 2018, disponível em: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI_doc_557-18.pdf.

⁹³ Os movimentos de desenvolvimento sociais, políticos, econômicos e culturais pelos quais passam os sistemas internos e internacionais possuem impactos na atividade de uma Corte Internacional (CI). Essa temática inerente à resistência a CIs aparenta se apresentar, de certa forma, mais bem-sucedida quanto à OC-24/17, vez que as questões de direitos associados à identidade de gênero passavam por discussões internas nos países do continente e foram relativamente bem recebidas. Traça-se isso desde o acolhimento chileno das determinações do *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, conforme indica Burgorgue-Larsen (“El contexto...”, *op. cit.*, pp. 138 e 139), até a incorporação do direito à retificação de nome por cortes supremas, como a costa-riquense, país que originou a consulta, e a brasileira, cujo voto-vogal que determinou o julgamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF conteve uma referência expressa à OC-24/17 (disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4275VotoGMTransgneros.pdf>). Por outro lado, o próprio não cumprimento de decisões que abordavam direitos ambientais ligados a povos indígenas aponta certa resistência dos Estados. A exemplo, no relatório “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía”, de 2019, a Comissão Interamericana identificou, quanto ao *caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, cuja sentença data de 2012, informações recebidas de que não somente o Estado promoveu remoção ínfima

A especificidade de aplicação do controle de convencionalidade às disposições contidas em opiniões consultivas diz respeito ao modo como direitos, princípios e critérios são nelas reconhecidos. O fato de não estarem atreladas a um caso específico pode gerar a discussão de normas de maneira abstrata, que resultam em conceitos vagos e com difícil aplicação, por exemplo, aos julgamentos concretos, a exemplo da noção de controle efetivo não definida na OC-23/17. Em igual sentido, a possibilidade de se apontar “políticas públicas”, também sem maior detalhamento de sua aplicabilidade e avaliação material de sua execução caso a caso, já foi alegada como violadora do princípio da subsidiariedade⁹⁴ e coloca diversos problemas práticos caso se queira exigir da Corte um julgamento sobre a não implementação das recomendações das OCs por algum Estado que reconhece sua competência.

Problema similar se verificaria no âmbito da aplicação dos parâmetros desenvolvidos pela Corte em relação aos DESCAs no contencioso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto órgão quase-judicial, muito do exercício evolutivo no sistema se origina de sugestões feitas por suas relatorias, como a REDESCA e da decisão quanto ao encaminhamento de um caso à Corte.⁹⁵ Ainda, no processamento de petições, aplicam-se as intepretações da Corte realizadas, inclusive, em sede consultiva, como a OC-21/14 apontou após a discussão do controle de convencionalidade.⁹⁶

da quantidade de explosivos utilizados pela indústria petroleira deixados no território do povo, como estabeleceu uma nova concessão para exploração de petróleo, que afetaria 91% do espaço por eles ocupados (para. 89). Já a Corte, em supervisão e cumprimento de sentença de 2018, referente ao *caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de 2007, reconheceu que o Suriname não realizou as demarcações de terra e autorizou uma nova concessão sem realizar estudos de impacto ambiental na região (para. 28).

⁹⁴ Candia Falcón, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 59, 67, 72 e 73. O autor esclarece que alguns critérios limitadores da jurisdição consultiva, como a não utilização para interferência em debates políticos internos, se baseia no princípio de subsidiariedade do sistema, que determina o recurso ao sistema somente quando os Estados não são capazes de garantir os direitos reconhecidos nos tratados, por erro, negligência ou infração direta. Assim, emitir pareceres de alcance genérico que especificam políticas públicas (em referência às OCs 16/99, 17/02, 18/03, 21/14 e 24/17), interferiria na definição da agenda dos governantes internos, que possuem certa margem de apreciação no estabelecimento das políticas a partir dos direitos contidos nos tratados. Ele referencia a dissidência do juiz Oliver Jackman, que sugeria a inadmissão da OC-17/02, por considerar a demanda uma especulação puramente acadêmica, sem justificativa numa urgência pública ou questão jurídica complexa, o que ultrapassaria o caráter essencialmente judicial da Corte (para. 2 do Voto).

⁹⁵ Artigo 45.2.c. da Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁹⁶ Corte IDH, OC-21/14, para. 32.

Assim, a possibilidade de se contestar essas mudanças no contexto da Comissão é pequeno.

(III) O terceiro desdobramento que a atividade de expansão jurisdicional da Corte envolve o impacto geral na legitimidade e autoridade da Corte em relação aos Estados e demais atores sociais do sistema interamericano.

Estudos recentes propõem-se a analisar a importância e os elementos que contribuem ou não para a autoridade e legitimidade de cortes internacionais e também da Corte Interamericana.⁹⁷ Se a legitimidade pode ser descrita, para se empregar o célebre conceito de Thomas Franck, como um “impulsionar na direção do cumprimento”,⁹⁸ diversas são as forças da Corte Interamericana que podem reforçar a sua legitimidade. Em síntese, a legitimidade de uma corte internacional pode advir de diversas fontes: normativas, sociológicas, políticas. Ela pode ser também influenciada pela percepção de seus clientes de que seus julgamentos são bem fundamentados ou que operam de modo balanceado de acordo com as expectativas dos atores sociais envolvidos. Como observou o juiz Manrique em seu voto no *caso Lhaka Honhat*, “é importante considerar que a legitimidade do Tribunal se funda na solidez de seus raciocínios e em seu apego ao direito e à prudência de suas decisões”.⁹⁹ Também os juízes Sierra Porto e Vio Grossi se preocuparam com os impac-

⁹⁷ Ver, por exemplo, Becerra Ramírez, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Cidade do México, UNAM, 2007; Engstrom, Par, “Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System”, *Revista Derecho e Práxis*, vol. 8, 2017, pp. 1250-1285.

⁹⁸ Franck, Thomas M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nova Iorque-Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 24: “Legitimacy is a property of a rule or rulemaking institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process”. Sobre a questão, ver Treves, Tullio, “Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals”, em Wolfrum, Rüdiger e Röben, Volker (eds.), *Legitimacy in International Law*, Basel, Springer, 2008; Bodansky, Daniel, “Legitimacy in International Law and International Relations”, em Dunoff, Jeffrey L. e Pollack, Mark A. (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Grossman, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Howse, Robert *et al.* (eds.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; e, de maneira geral, Franck, Thomas M., *op. cit.*

⁹⁹ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Voto parcialmente dissidente do juiz Ricardo C. Pérez Manrique, para. 16. Do original: “Es importante considerar que la legitimidad del Tribunal se funda en la solidez de sus razonamientos y en su apego al derecho y la prudencia de sus fallos”.

tos e ondulações causadas pela estratégia da Corte em relação aos DESCA em sua legitimidade.

Não é somente a capacidade de convencimento em relação ao direito e a fundamentação de uma decisão que influencia a legitimidade de uma corte internacional. A assim chamada legitimidade normativa é talvez uma das mais cardinais por lidar exatamente com o consentimento dos Estados. Cuida-se da legitimidade que verifica se uma corte age no interior da moldura que lhe foi desenhada, a qual pode ser enfraquecida caso a corte ultrapasse os limites dos poderes normativamente atribuídos a ela. Isso pode afetar seus clientes e o número de Estados parte do sistema, bem como desestimular a adesão de outros Estados que ainda não aceitam a jurisdição da Corte Interamericana.¹⁰⁰ O fato de que a Corte expandiu sua jurisdição admitindo a justiciabilidade dos DESCA através de opiniões consultivas sem uma ampla participação dos Estados não reforça sua legitimidade, antes pelo contrário.

A expansão da jurisdição contenciosa (em atores peticionantes, matérias litigáveis não previstas na Convenção e direitos não previstos anteriormente) através da consultiva pode oferecer resistência por parte de atores sociais envolvidos no processo jurídico interamericano e sensibilizar a legitimidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se a Corte oferecer a impressão que está se atribuindo poderes tergiversando o consentimento dos Estados, é possível que haja por parte dos Estados reações relativas tanto ao cumprimento quanto à própria autoridade da Corte, podendo inclusive afetar a sua membresia. Tais reações podem afetar a missão principal da Corte que é a de proteger direitos humanos.

Isso não significa que a Corte não tenha alternativas para mitigar eventuais problemas de legitimidade sem necessariamente revisar seu posicionamento de justiciabilidade dos DESCA ou das expansões desenvolvidas até o presente momento. Uma posição mais cautelosa e com maior diálogo com os Estados em relação aos avanços da jurisdição contenciosa e suas potencialidades parece ser uma saída intermediária possível. Uma melhor ponderação em

¹⁰⁰ Esse argumento foi utilizado no voto do juiz Vio Grossi, para. 96: “Finalmente, es imperioso repetir que, de insistirse en el derrotero adoptado por la Sentencia, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto podría verse seriamente limitado. Y ello en razón de que muy probablemente, por una parte, no se incentivaría, sino todo lo contrario, la adhesión de nuevos Estados a la Convención ni la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por los que no lo hayan hecho y por la otra parte, podría renovarse o aún acentuarse la tendencia entre los Estados Partes de la Convención de no dar cumplimiento completo y oportuno a sus fallos”.

relação aos efeitos das opiniões consultivas no contencioso indica a garantia tanto da missão da Corte de proteger direitos humanos no continente americano quanto a garantia dos Estados de que eles enfrentarão um contencioso nos limites de seu aceite da jurisdição.

V. CONCLUSÕES

A função consultiva em cortes internacionais foi originalmente pensada como um exercício não judicial para oferecer opiniões que esclareçam ou identifiquem questões jurídicas, comumente ligadas a temáticas controversas. Contudo, o limite entre declarar um direito existente, desenvolver direitos e *lawmaking* é inexato e, por isso, o significado da força e natureza dos pareceres consultivos permanece incerto.¹⁰¹ Em não poucas ocasiões na história do contencioso internacional opiniões consultivas serviram para tangenciar levemente o consentimento dos Estados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos no passado utilizou-se estrategicamente de seus poderes consultivos para expandir o alcance protetivo de sua jurisdição. As consequências das recentes escolhas da Corte de, através da via consultiva, expandir sua jurisdição em questões envolvendo DESCA e permitindo o litígio estratégico de questões ambientais estão ainda para se descortinar.

Esse novo comportamento no âmbito consultivo em análise dos direitos materiais da CADH se deflagrou em um contexto cujo arquipélago de fatos também recentes solevam diversas questões passíveis de impactar a legitimidade do órgão. Dentre eles têm-se as discussões sobre a judicialização dos DESCA (direitos econômicos, sociais, culturais e —agora— ambientais), a adjudicação deles com base somente no artigo 26 da Convenção, o questionamento da doutrina do controle de convencionalidade, o movimento na Corte de retração da interpretação evolutiva. Em virtude de todos esses fatores, defende-se que a Corte deve proceder com maior moderação ao expandir seus poderes através da via consultiva.

A resposta dos Estados às possíveis decisões condenatórias, medidas provisórias e demais impactos na gestão de suas ações domésticas,¹⁰² em exer-

¹⁰¹ Oellers-Frahm, Karin, “Lawmaking...”, *op. cit.*, pp. 1033 e 1046.

¹⁰² Sobre a questão, ver Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, Cidade do México, UNAM, 2006.

cício desses novos contornos da jurisdição contenciosa, será essencial para avaliar os rumos das discussões atualmente muito contidas na Corte Interamericana, principalmente para o exercício da sua tradicionalmente celebrada ampla competência consultiva.

No primeiro caso de judicialização de direitos ESCA, o juiz Sierra Porto rememorou que “somente a crítica sincera e o debate aberto e público podem ajudar a mitigar, até certo ponto, os riscos de legitimidade e insegurança jurídica que podem se desprender dessa sentença”.¹⁰³ Como verificado, a estratégia de expandir a jurisdição da Corte através de sua função consultiva comporta riscos. Seria interessante se a Corte estivesse atenta às vozes da sociedade civil, mas também dos Estados em relação a essa expansão de jurisdição, promovendo maior cautela e diálogo nesse exercício. Dados os contornos flexíveis e um tanto quanto discricionários da atividade consultiva, é uma questão de política judiciária escolher quais são os campos que vale a pena avançar no *corpus iuris* de direitos humanos. A divisão no interior da Corte no *caso Lhaka Honhat* demonstra que certas questões ainda não são unanimidade nem mesmo no interior da Corte.

As reações futuras dos Estados provarão se a política judiciária da Corte Interamericana de litigar direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais foi uma boa estratégia. Verdade é que, para parafrasear a célebre expressão de Bruno Simma, o gênio dos DESCA escapou da lâmpada na jurisprudência da Corte Interamericana.¹⁰⁴ Em vez de tentar comprimi-lo de volta, a Corte pode ter a ocasião, também em via consultiva, de modelar a sua expansão.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALTER, Karen J. *et al.* (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- ASTA, Gabriele, *La funzione consultiva delle Corti Regionali dei Diritti Umani*, Nápoles, Scientifica, 2019.

¹⁰³ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Peru*, Voto parcialmente dissidente do juiz Humberto Antonio Sierra Porto, para. 49. Do original: “Solo la crítica sincera y el debate abierto y público puede ayudar a mitigar, hasta cierto punto, los riesgos de legitimidad y de inseguridad jurídica que se puedan desprender de esta Sentencia”.

¹⁰⁴ Simma, Bruno, “Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012, pp. 7-29.

- BAILLIET, Cecilia M., “The Strategic Prudence of the Inter-American Court of Human Rights: Rejection of Requests for an Advisory Opinion”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, 2018.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Cidade do México, UNAM, 2007.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, Cidade do México, UNAM, 2006.
- BENZ, Eleanor, “The Inter-American Court’s Advisory Function Continues to Boom – A Few Comments on the Requests Currently Pending”, *EJIL: Talk!*, 25 de novembro de 2019.
- BODANSKY, Daniel, “Legitimacy in International Law and International Relations”, em DUNOFF, Jeffrey L. e POLLACK, Mark A. (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BONAFÉ, Beatrice I. e PALCHETTI, Paolo, “Relying on General Principles in International Law”, em BRÖLMANN, Catherine e RADI, Yannick, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2016.
- BOYLE, Alan, “Human Rights and the Environment”, em BOER, Ben, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BUERGENTHAL, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)”, *Max Planck Encyclopedia of Procedural International Law*, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “«Decomartmentalization»: The Key Technique for Interpreting Regional Human Rights Treaties”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, ano 12, núm. 1, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 57, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-Ame-

- rican Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, 2007.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Causales de inadmisibilidad de opiniones consultivas: reforzando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, 2018.
- CASSESE, Antonio, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma, Laterza, 1988.
- CONTESE, Jorge, “The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, 2018.
- COSTA, Pietro, “Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica”, em MECCARELLI, Massimo *et al.* (orgs.), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- CRAWFORD, James, “The Current Political Discourse Concerning International Law”, *The Modern Law Review*, vol. 81, 2018.
- D’ASPROMONT, Jean, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DE BRABANDERE, Eric, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016.
- DOTHAN, Shai, “Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2018.
- DULITZKY, Ariel E., “An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine”, *AJIL Unbound*, vol. 109, 2015.
- DUPUY, Pierre-Marie, “Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, 2019.
- ENGSTROM, Par, “Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, 2017.
- ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin, “Primera opinión interamericana sobre medio ambiente: ¿derecho exigible o decisión *ultra vires*?”, *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 11.
- FRANCK, Thomas M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nova Iorque-Oxford, Oxford University Press, 1990.
- FROWEIN, Jochen e OELLERS-FRAHM, Karin, “Article 65”, em ZIMMERMANN, Andreas *et al.* (orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

- GORDON LAUREN, Paul, “The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought”, em SHELTON, Dinah, *The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- GROSSMAN, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011.
- HOWSE, Robert *et al.* (eds.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria, “Rejecting the Inter-American Court”, em COUSO, Javier *et al.* (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria, “The Inter-American Court of Human Rights: How Constitutional Lawyers Shape Court Authority”, em ALTER, Karen J. *et al.* (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria e MADSEN, Mikael Rask, “Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European, and African Human Rights Systems”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2018.
- HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque, W.W. Norton & Company, 2008.
- KELLY, Elsa, “The Precautionary Approach in the Advisory Opinion Concerning the Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, em INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996-2016*, Leiden, Brill, 2017.
- KILLANDER, Magnus, “Interpreting Regional Human Rights Treaties”, *Revista Sur*, vol. 13, 2010.
- KOSKENNIEMI, Martti, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Haia, Asser Press, 2019.
- KRIEGER, Heike *et al.*, *The International Rule of Law: Rise or Decline?*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

- LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons, Ltd. (Nova Iorque, Frederick A. Prager, 1958).
- LEGALE, Siddharta, *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal constitucional transnacional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.
- LIMA, Lucas Carlos, “A opinião sobre o arquipélago de Chagos: a jurisdição consultiva da Corte Internacional de Justiça e a noção de controvérsia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 75, 2019.
- LIMA, Lucas Carlos, “As decisões da Corte Internacional de Justiça como elemento de desenvolvimento do direito internacional”, em DAL RI JUNIOR, Arno e MOURA, Aline Beltrame de (orgs.), *Jurisdição internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade*, Ijuí, Unijuí, 2014.
- LIMA, Lucas Carlos, *O uso autoritativo das decisões judiciais internacionais pela Corte Internacional de Justiça: precedente e judicial lawmaking do direito internacional* (dissertação mestrado), Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.
- LIMA, Lucas Carlos, “O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 13, 2016.
- LIXINSKI, Lucas, “The Inter-American Court of Human Rights’ Tentative Search for Latin American Consensus”, em KAPOTAS, Panos e TZEVELEKOS, Vassilis P. (eds.), *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- LIXINSKI, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 21, 2010.
- LYON, Beth, “The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Worker’s Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18”, *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 28, 2004.
- MADSEN, Mikael Rask *et al.*, “Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts”, *International Journal of Law in Context*, núm. especial 2, 2018.

- MEJÍA-LEMONS, Diego Germán, “On the «Control de Convencionalidad» Doctrine: A Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights’ Relevant Case Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.
- NEUMAN, Gerald L., “Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008.
- NIKKEN, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em CORTE IDH, *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI”*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, t. I.
- OELLERS-FRAHM, Karin, “Article 96 UN Charter”, em ZIMMERMANN, Andreas *et al.* (orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- OELLERS-FRAHM, Karin, “Lawmaking Through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011.
- PAPANTONIOU, Angeliki, “Advisory Opinion on the Environment and Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018.
- PAVONI, Riccardo, “Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, em BOER, Ben, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PAVONI, Riccardo, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte Europea dei Diritti Umani*, Nápoles, Scientifica, 2013.
- PELLET, Alain, “Decisions of the ICJ as Sources of International Law?”, *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018.
- PELLET, Alain, “Values and Power Relations – The «Disillusionment» of International Law?”, *KFG Working Paper Series*, núm. 34, maio de 2019.
- PELLET, Alain e MULLER, Daniel, “Article 38”, em ZIMMERMANN, Andreas *et al.* (orgs.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PINTO, Mónica, *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho, “Control of Conventionality and the Struggle to Achieve a Definitive Interpretation of Human Rights: The Brazilian Experience”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 64, 2016.

- ROA, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales, 2015.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties: Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, 2013.
- SCHMID, Julie Calidonio, “Advisory Opinions on Human Rights: Moving Beyond a Pyrrhic Victory”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 16, 2006.
- SHELTON, Dinah, “Human Rights and the Environment: Substantive Rights”, em FITZMAURICE, Malgosia *et al.* (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- SIMMA, Bruno, “Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012.
- TAMS, Christian J., “The Development of International Law by the International Court of Justice”, *Gaetano Morelli Lectures Series*, vol. 2, 2018.
- THIRLWAY, Hugh, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part Nine”, *British Yearbook of International Law*, vol. 69, 1998.
- THIRLWAY, Hugh, *The Sources of International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- TREVES, Tullio, “Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals”, em WOLFRUM, Rüdiger e RÖBEN, Volker (eds.), *Legitimacy in International Law*, Basel, Springer, 2008.
- TREVES, Tullio, “The Expansion of International Law. General Course on Public International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398, 2015.
- VANNESTE, Frédéric, “Interpréter la Convention européenne des droits de l’homme et la Convention américaine des droits de l’homme: comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale”, *Revue québécoise de droit international*, 2016.
- VIVES, Francisco Pascual, “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014.

- VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro e WANDERLEY JUNIOR, Bruno, “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 Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de Anistia”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12.
- VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 269, 2015.
- VON BOGDANDY, Armin e VENZKE, Ingo, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica

*Indigenous and Tribal Peoples and Human Rights
in the Case Law of the Inter-American Court
of Human Rights: A Critical Outlook*

*Les peuples autochtones et tribaux et les droits
de l'homme dans la jurisprudence de la Cour
Interaméricaine des Droits de L'homme:
un regard critique*

Felipe Ignacio **Paredes Paredes***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los pueblos indígenas y tribales ante el derecho internacional de los derechos humanos.* III. *Derechos humanos y problemas de traducción.* IV. *Derechos humanos, pobreza, desigualdad y exclusión radical.* V. *Valoración crítica y conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

* Universidad Austral de Chile, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>, felipe.paredes@uach.cl.

Artículo recibido el 10 de julio de 2017
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 167-196
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha representado una invaluable contribución en la protección de los pueblos indígenas en América; sin embargo, su desarrollo no ha sido una tarea fácil. Este trabajo busca identificar los principales desafíos y problemas a los que se enfrenta esta jurisprudencia a fin de determinar su impacto en los derechos humanos de las comunidades involucradas. La hipótesis que se plantea es que la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas está atravesada por una tensión entre lo ortodoxo y lo original y por un dilema entre lo ambicioso y lo realista que influyen poderosamente en sus efectos sobre los derechos de los pueblos indígenas dentro de los Estados signatarios.

Palabras clave: pueblos indígenas, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: The case-law of the Inter-American Court of Human Rights has had an invaluable contribution to the protection of indigenous peoples in the Americas. However, its development has not been an easy task. This paper aims to identify the main challenges and problems that this case-law has faced with evaluating their impacts on the human rights of the communities involved. Indeed, the case-law on indigenous peoples is crossed by the tension orthodoxy-originality and by a dilemma between an ambitious and another more pragmatic approach. This circumstance influences its effects on the rights of indigenous peoples inside the legislation of the signatory States powerfully.

Key words: indigenous peoples, human rights, Inter-American Court of Human Rights.

RÉSUMÉ: La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a représenté une contribution inestimable à la protection des peuples autochtones en l'Amérique. Cependant, cette tâche n'a pas été facile. Cette recherche vise à identifier les principaux défis et problèmes auxquels est confrontée cette jurisprudence, afin de déterminer leur impact sur les droits humains des communautés concernées. L'hypothèse à l'étude, est que toute la jurisprudence sur les peuples autochtones est traversée par une tension entre l'orthodoxe et l'original et aussi pour un dilemme entre une approche ambitieux et autre plus réaliste, ce qui influe fortement sur ses effets sur les droits des peuples autochtones dans les États signataires.

Mots-clés: peuples autochtones, droits de l'homme, Cour Interaméricaine des Droits de L'homme.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido un órgano internacional que ha mostrado una alta sensibilidad para con las reivindicaciones de los pueblos indígenas y tribales. Su jurisprudencia ha definido una serie de estándares que constituyen importantes contribuciones a la protección de dichos pueblos. En el continente americano existen países que han prestado mayor atención al reconocimiento jurídico de sus pueblos originarios y tribales; por ejemplo, Colombia, Bolivia o Ecuador. Sin embargo, en otros Estados dicho reconocimiento es inexistente o posee aún un carácter muy incipiente.

La importancia del tema se explica por sí misma. En América Latina estos pueblos son un componente esencial de sus sociedades. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), en el continente existen, actualmente, 522 pueblos indígenas. Por países, Brasil es el que posee mayor diversidad, con 241; le siguen Colombia, con 83; México, con 67, y Perú, con 43. Por otra parte, Bolivia, Guatemala y Belice se sitúan como los países donde los indígenas representan porcentajes más altos sobre la población total, con un aproximado del 66.2%, el 39.9% y el 16.6%, respectivamente. Aunque ese porcentaje puede ser variable; en la mayoría de los países mencionados la población indígena va del 3% al 10% del total de ciudadano.¹

Por otra parte, éstos se encuentran entre los grupos más vulnerables, desfavorecidos y marginados del mundo. Para el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), constituyen el 15% de los pobres del mundo y un tercio de los extremadamente pobres. Asimismo, los pueblos indígenas y tribales han sido víctimas del colonialismo. Históricamente, han visto sus tierras arrebatadas, sus recursos expropiados, su población reducida a través de la guerra y la enfermedad y se han visto obligados a aceptar las leyes y políticas de los Estados hegemónicos.²

¹ Unicef, *Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina*, 2020, *passim*.

² Burger, Julian, “La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014, pp. 213-239.

La jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia es de una data relativamente reciente y, además, se caracteriza porque la Corte IDH ha debido emplear una dosis importante de creatividad en su desarrollo.³ A primera vista, la causa sería que los tratados fundacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no contienen ninguna referencia expresa a los pueblos indígenas y tribales. Esto se explica por una razón histórica: cuando en 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no existía consenso sobre el reconocimiento de derechos humanos de grupos específicos, como excepción al principio de la titularidad universal. Incluso décadas después, cuando se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007, la controversia sigue abierta. En dicha oportunidad, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda expresaron importantes reservas al texto de la declaración.⁴

Sin desconocer su invaluable aporte, este trabajo estudia dos de los principales problemas asociados a la protección de los derechos humanos de estos grupos en la jurisprudencia de la Corte IDH. Como se detallará más adelante, estos problemas son la cuestión de las especificidades culturales y la situación de exclusión radical, presentes casi siempre en estos casos. Precisamente, la forma como la Corte IDH ha enfrentado dichos problemas permite explicar el porqué esta línea jurisprudencial parece tan novedosa a los ojos de una teoría estándar de los derechos humanos, excediendo de un simple problema de integración de un vacío normativo. Esos problemas exponen a la Corte IDH a una permanente tensión, la que normalmente debe resolverse asumiendo que no siempre es posible obtener una respuesta óptima a partir del contenido de los tratados. Esta circunstancia representa también el principal riesgo para que tales sentencias puedan producir efectos verdaderamente transformadores en el continente.

Así pues, el trabajo se estructura con base en las siguientes secciones: *ii*) un análisis de las interacciones entre derecho internacional y derecho interno en relación con los pueblos indígenas y tribales; *iii*) un estudio de los pro-

³ Rodríguez-Piñero, Luis, “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203.

⁴ Engle, Karen, “On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, núm.1, 2011, pp. 141-163.

blemas derivados de las diferencias culturales presentes en la jurisprudencia sobre pueblos indígenas y tribales; iv) un estudio de los problemas que provienen de la situación de exclusión radical que enfrentan dichas comunidades, y v) se finaliza con una última valoración, a modo de conclusiones.

II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los pueblos indígenas y tribales han recurrido frecuentemente a la Corte IDH para subsanar la situación de injusticia estructural a la que se encuentran sometidos en muchos países. El primer antecedente fue *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (1991), aunque el verdadero primer hito fundamental vendría 10 años después, con *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001). Para este estudio se analizaron todas las sentencias de la Corte IDH que presentan como especificidad la cuestión indígena y tribal, utilizándose como base el trabajo de Estupiñan e Ibáñez,⁵ y agregando las sentencias que a criterio del autor se refieren a esta cuestión con posterioridad.⁶

El recurso al derecho internacional de los derechos humanos es un patrón que también siguen otros grupos vulnerables dentro del SIDH. La experiencia ha demostrado que, ante la insuficiencia de los mecanismos internos, el SIDH ha sido un camino siempre abierto, a pesar de que sus órganos carecen de facultad de imperio para forzar el cumplimiento de sus decisiones. En términos generales, los órganos internacionales se limitan a monitorear cómo los Estados implementan sus obligaciones internacionales, requiriendo, en parte importante, la colaboración del Estado infractor.⁷

⁵ Estupiñan, Rosmerlin e Ibáñez, Juana, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014, pp. 301-336.

⁶ Son las siguientes: *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarcá* (2013); *Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá* (2014); *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Pueblo Indígena Xucurú y sus Miembros vs. Brasil* (2018), y *Comunidades indígenas lhaka honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020).

⁷ Donnelly, Jack, “The Relative Universality of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, núm. 2, 2007, pp. 281-306.

Esto se hace más complejo cuando estas medidas consisten en reformas constitucionales o cambios legislativos profundos, en cuyos casos son esenciales mayorías políticas cualificadas para implementar las adaptaciones necesarias en el derecho interno. Como muestran Schönsteiner y Couso, este diagnóstico también es aplicable al SIDH.⁸

Al respecto, está descrito en la literatura sobre interacciones entre derecho internacional y derecho interno que el objetivo de producir cambios profundos en el plano nacional se consigue cabalmente sólo a partir de un complejo proceso de socialización, que excede lo meramente jurídico, pues también implica actividades de naturaleza política, de concienciación y de educación.⁹ Un segundo factor, relevante en este proceso, es el tiempo, siendo mayormente posible que la jurisprudencia internacional sea un factor que permita incoar cambios sustantivos sólo en el largo plazo,¹⁰ puesto que los principales agentes de dicho proceso serán, en definitiva, actores internos, como movimientos sociales, activistas de derechos humanos, medios de comunicación y partidos políticos, quienes deban llevar a cabo campañas de promoción a largo plazo para empujar mejores políticas en este sentido.

Ahora bien, con independencia de que la interacción entre derecho internacional y derecho interno nunca es sencilla, en materia de pueblos indígenas y tribales la situación se vuelve aún más compleja. En otras palabras, a esas dificultades de base se añaden otras que convierten esta tarea en un trabajo hercúleo. Tales dificultades son, al menos, de dos tipos: problemas de traducción cultural y de exclusión radical de los pueblos indígenas y tribales en el seno de los Estados nacionales. Cada una de estas circunstancias añade desafíos adicionales a la protección de sus derechos humanos. En ese sentido, la hipótesis que sometemos a discusión es que estas circunstancias determinan que toda la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas esté

⁸ Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: ensayo de un balance”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015, pp. 315-355.

⁹ Risse, Thomas y Sikkink, Kathryn, “The Socializations of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction”, en Risse, Thomas *et al.* (eds.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, 1999, pp. 1-38.

¹⁰ Cavallaro, James y Brewer, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 768-827.

marcada por una tensión entre lo ortodoxo y lo original y por un dilema entre lo ambicioso y lo realista, que condiciona los efectos que dicha jurisprudencia pueda llegar a producir en el derecho interno de los Estados signatarios.

Respecto de la primera de estas dicotomías, se origina en las implicancias culturales que, casi siempre, se encuentran presentes en estos casos. Los filósofos del derecho han discutido hondamente acerca de la universalidad de los derechos humanos y, justamente, este es un terreno que pone a prueba dicho aserto. Por *ortodoxia* se entiende una teoría estándar de los derechos humanos basada en el modelo liberal de derechos universales e individuales. Si bien se puede identificar como un caso paradigmático la teoría de los derechos humanos desarrollada por Rawls, en su libro *The Law of the People*,¹¹ un concepto de estas características es capaz de cubrir un amplio espectro de teorías, incluyendo algunas que incluso son sensibles a la diversidad cultural y a la protección de minorías como, por ejemplo, la conocida teoría de Will Kymlicka.¹²

En cuanto a lo segundo, en la gran mayoría de los casos las soluciones necesarias para reparar íntegramente la vulneración de los derechos de estos grupos requerirían intervenciones de gran calado, afectando a un número indeterminado de personas al interior de los Estados, puesto que buscan una transformación de las relaciones de poder al interior de las respectivas sociedades. En otras palabras, una medida ambiciosa implicaría el diseño de políticas públicas a gran escala por parte de la Corte IDH, función que sólo podría quedar entregada a los órganos con legitimidad política al interior de los Estados.

Estas ideas permiten identificar las tensiones en la actividad de un tribunal como la Corte IDH, que, muchas veces, debe apostar por soluciones poco ortodoxas y/o que representan intervenciones profundas, aun sabiendo que dicha jurisprudencia difícilmente podrá ser cumplida íntegramente en el derecho interno del Estado condenado, al menos en el corto plazo. Por el contrario, en otras oportunidades el caso se resuelve en favor del pragmatismo y/o la ortodoxia, aunque la respuesta pierda cierta sintonía con la petición original de justicia.

¹¹ Rawls, John, *The Law of the People*, Harvard University Press, 2001.

¹² Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 1995.

En lo que sigue analizaremos cómo estas tensiones se hacen presentes en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas y tribales, lo que permite explicar los aciertos, avances, retrocesos y contradicciones a lo largo de estos años.

III. DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN

En el contexto descrito, los tribunales internacionales tienen más probabilidades de ser eficaces cuando la jurisprudencia es capaz de ingresar como un elemento endógeno en el derecho interno. Al respecto, Hitters recurre a la metáfora de que la jurisprudencia internacional debe tener por objetivo “meterse” en la corriente sanguínea de los distintos países con la fuerza suficiente para lograr trastocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional.¹³ Por ello, los tribunales internacionales suelen prestar mayor atención a los casos que pueden generar un impacto de estas características, considerándolos como oportunidades para estimular un cambio más amplio o que produzca un mayor impacto. Ésta también es la visión que ha suscrito la Corte IDH en la generalidad de los casos que resuelve, intentando dialogar con los Estados miembros del SIDH y, al mismo tiempo, siendo extremadamente meticulosa en el desarrollo de su jurisprudencia.

Esta mirada se ha visto parcialmente desafiada en materia de pueblos indígenas y tribales, donde, a diferencia de otros ámbitos, ni ha sido tan fácil la formación de una doctrina coherente y consistente ni la jurisprudencia se ha infiltrado tan fácilmente en el derecho interno de los Estados. La razón pareciera ser su carácter poco ortodoxo, a pesar de que algunos autores han defendido que el enfoque progresista que ha adoptado la Corte IDH forma parte del “contenido inherente” de los derechos de la CADH.¹⁴ El asunto es,

¹³ Hitters, Juan, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 131-156.

¹⁴ Estupiñán, Rosmerlin, “Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos *culturales* inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 581-616.

por lo menos, polémico, pues existen otros autores que identifican en estos casos una teoría de los derechos colectivos y se preguntan si ello es compatible con la teoría clásica de los derechos humanos, más común en el derecho interno de los Estado signatarios.¹⁵ Esta pregunta se vuelve imperativa incluso para la propia Corte IDH, que ha enfatizado, en la OC 22/16, que los derechos de la CADH son, eminentemente, derechos de los individuos y no de los colectivos, lo que hace necesario explicar el fundamento de la excepción para estos casos.

Como es sabido, los derechos humanos se han expresado tradicionalmente en el lenguaje de los derechos subjetivos individuales. En términos históricos, la genealogía del concepto de derechos humanos se remonta a la Edad Media, momento en que se vincula la idea de derecho subjetivo a la propiedad privada.¹⁶ Posteriormente, durante la Modernidad, esa misma noción se utilizó en la formulación del concepto de *derechos humanos*.

Al respecto, Eusebio Fernández¹⁷ afirma que en el paso del derecho natural objetivo (derecho como norma) al derecho natural subjetivo (derecho como facultad inherente al sujeto) se encuentra la invención del concepto de *derechos naturales subjetivos*. Esta idea la encontramos, por ejemplo, en Grocio, donde *ius* se ha convertido en el concepto de *derecho subjetivo*; es decir, en la facultad o cualidad moral de la persona para poseer o hacer algo justamente.¹⁸ De este modo, el lenguaje de los derechos ha sido creado y moldeado en función de la protección de la propiedad privada desde los albores de la Modernidad, empresa que ha tomado mayor fuerza con el desarrollo de la economía capitalista.

Si lo anterior es correcto, el corolario será una necesaria tensión en el mismo concepto de *derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales*, puesto que, justamente, esta clase de reivindicaciones han surgido como resistencia al modelo social y económico occidental, buscando preservar la autonomía res-

¹⁵ Saucá, José María y Wences, Isabel, “Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, pp. 195-204.

¹⁶ Guzmán, Alejandro, “Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjetivo»”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 25, 2003, pp. 407-443.

¹⁷ Fernández, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1982, p. 84.

¹⁸ Blanco, Jesús, “Las concepciones del *ius naturale* o los fundamentos de la política en Grocio, Hobbes y Espinoza”, *Papeles de Filosofía*, vol. 22, núm. 1, 2003, pp. 11-131.

pecto de la apropiación de sus formas culturales por el mercado.¹⁹ Así, el uso del discurso de los derechos humanos parece ser, en muchos casos, meramente estratégico, pues resulta ser una de las pocas herramientas que ha demostrado cierta funcionalidad en la lucha por la emancipación de dichos pueblos. Sin embargo, este discurso está conformado por unas categorías intelectuales y por una nomenclatura ajenas a las culturas originarias de América.

Ello produce una serie de disfunciones; por ejemplo, un eventual desajuste entre la verdadera demanda y su traducción a la nomenclatura de la CADH, siendo plausible sostener que no siempre en los tratados internacionales existe una respuesta exacta para las reivindicaciones de los pueblos indígenas. De esta forma, si la Corte IDH persigue un cumplimiento eficaz de las sentencias, debería ser consciente de que la consecuencia más probable será una suerte de “efecto de pérdida de fidelidad de la demanda”. Por el contrario, si el objetivo principal es la fidelidad, las posibilidades de que sus sentencias produzcan efectos realmente transformadores se reducirán de manera importante.

Esta circunstancia no es trivial y algunos autores han asumido la infructuosidad de dicha empresa. Por ejemplo, De Sousa Santos ha señalado que únicamente si se adopta una política de derechos humanos radicalmente distinta de la hegemónica liberal, y solamente si tal política se concibe como parte de una más amplia constelación de luchas y discursos de resistencia y emancipación, se puede llegar a dar solución a este problema.²⁰ En este sentido, se puede afirmar que la Corte IDH, en este tipo de asuntos, enfrenta dificultades similares a las de un traductor que debe solucionar una *laguna léxica*. Esto significa que sería necesario recurrir a herramientas parecidas a las que hacen posible la incorporación de un término extranjero, que carece de un equivalente en la lengua de destino. Llamaremos a este fenómeno la paradoja de la traducción: a medida que se es más fiel al discurso original, la traducción es menos comprensible para las estructuras jurídicas del derecho interno y viceversa.

Esta tensión entre lo ortodoxo y lo original ha estado presente en toda la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas y tribales. Un

¹⁹ Witheley, Peter, “Do «Language Rights» Serve Indigenous Interests? Some Hopi and Other Queries”, *American Anthropologist, New Series*, vol. 105, núm. 4, 2003, pp. 712-722.

²⁰ Sousa Santos, Boaventura de, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Santiago de Chile, LOM Editores, 2013, p. 65.

buen ejemplo de este problema lo encontramos en la jurisprudencia que se ha generado en torno al artículo 21 de la CADH, aunque también se puede hacer referencia a un caso sobre libertad de expresión y criminalización de la protesta.

1. *¿Existe la propiedad comunal indígena?*

Esta materia representa un porcentaje importante de las sentencias sobre pueblos indígenas y tribales.²¹ La Corte IDH, desde el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, ha intentado resolver una de las demandas más transversales en las sociedades americanas: la recuperación de tierras. Como es de conocimiento público, tanto los colonizadores europeos como los Estados nacionales despojaron violentamente de sus territorios a los pueblos indígenas y tribales. En la actualidad, éstos han enarbolado la demanda de la restitución del espacio geográfico en el que habitaron sus ancestros. En todos los casos en que se ha invocado el derecho a la propiedad privada del artículo 21 de la CADH, la Corte IDH ha fallado en contra del Estado.²² No obstante, como se podrá ver a continuación, este es un típico caso de laguna léxica.

Es importante señalar que han sido también las propias víctimas —no sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— quienes han invocado el artículo 21 de la CADH, lo que demuestra que los intentos de traducción se producen en ambos sentidos, dado que el concepto de propiedad privada era desconocido para los pueblos precolombinos. Lamentablemente, no existen estudios en el marco del SIDH que expliquen

²¹ *Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001); *Moiwana vs. Suriname* (2005); *Yake Axa vs. Paraguay* (2005); *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006); *Saramaka vs. Suriname* (2007); *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Sarayaku vs. Ecuador* (2012); *Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá* (2014); *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Pueblo Indígena Xucurú y sus Miembros vs. Brasil* (2018), y *Comunidades Indígenas Ihaka honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020).

²² Artículo 21. Derecho a la propiedad privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

esta conducta, aunque sí pueden mencionarse trabajos situados en otros contextos. Por ejemplo, Brian Thom sugiere que en Canadá los pueblos originarios han abrazado el discurso de los derechos humanos por razones puramente estratégicas, en una suerte de consenso por superposición.²³ Otros autores plantean que dicha relación se produce no sin un costo para los usuarios. Por decir, en el caso de comunidades Nuu-chah-nulth, Mack argumenta que, al adoptar el reconocimiento de títulos y las leyes de tierras indígenas, éstas terminaron internalizando actitudes y procesos coloniales.²⁴ En Australia, Elizabeth Povinelli ha mostrado cómo las categorías y las lógicas estatales terminan perpetuando las ideas liberales, poniendo en peligro las formas culturales propias de las poblaciones originarias.²⁵

Como sea, a medida que esta línea jurisprudencial va evolucionando, la tensión se va haciendo evidente. En Sumo Awas Tingni, la comunidad denunció al Estado por no haber tomado medidas que aseguraran los derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales, pues éste otorgó una concesión forestal sobre aquellas sin el consentimiento de la comunidad. Esta última solicitó internamente revocar la concesión y delimitar las tierras, no obteniendo resultados positivos ante los tribunales nicaragüenses. En este caso la Corte IDH intenta, por primera vez, dotar al concepto de propiedad privada de un contenido eminentemente cultural, acuñando la noción de propiedad comunal indígena a su juicio, diferente de la idea clásica de copropiedad reconocida en todos los códigos civiles de Latinoamérica.

En este caso la Corte IDH se enfrenta por primera vez al dilema, quedando claro en la sentencia lo complejo de fundamentar jurídicamente un tipo de propiedad distinto del derecho real de dominio, entendido este último como el conjunto de poderes exclusivos sobre una cosa específica y delimitada. Para ello recurre, en primer lugar, al originalismo interpretativo, señalando que, durante los trabajos preparatorios de la CADH, se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada”, por “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” (parr. 145),

²³ Thom, Brian, “Reframing Indigenous Territories: Private Property, Human Rights and Overlapping Claims”, *American Indian Culture and Research Journal*, vol. 38, núm. 4, 2014, pp. 3-28.

²⁴ Povinelli, Elizabeth, *The Cunning of Recognition*, Durham, Duke University Press, 2002.

²⁵ Mack, Johnny, “Hoquotist: Reorienting through Storied Practice”, en Lessard, Hester et al. (eds.), *Narratives of Contact and Arrival in Constituting Political Community*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2011, p. 298.

lo que justificaría que el artículo 21 de la CADH reconozca formas alternativas de vinculación entre personas y bienes. Esta línea argumentativa desaparecerá en sentencias posteriores.

Paralelamente, se intenta un segundo camino, acuñándose el concepto de *propiedad comunal*. En palabras de la propia Corte IDH, esta sería un tipo de propiedad que se caracteriza por la existencia de una especial vinculación de carácter espiritual entre la comunidad y su territorio ancestral, y que resulta de vital importancia para su supervivencia. Sin embargo, la sentencia no explica cómo surge este vínculo espiritual ni por qué es jurídicamente relevante. Lo inextricable del asunto se demuestra en la parte dispositiva, pues a pesar de que la idea de propiedad comunal aparece casi como un *letmotiv* en los fundamentos jurídicos, la *ratio decidendi* vuelve a la lógica clásica de la propiedad. En efecto, todo el énfasis está puesto en la delimitación y regularización de las tierras indígenas y en que los miembros del pueblo Sumo puedan regularizar, de la forma más simple posible, sus títulos, demarcando, saneando y registrando sus tierras. No obstante, el verdadero problema no era ese, sino que consistía, en parte importante, en actividades productivas que se llevaban a cabo fuera de las tierras Awas Tingi, pero que impactan en el ecosistema de toda la costa atlántica nicaragüense.

En este primer intento el voto de mayoría se decantó por la ortodoxia, a pesar de que la respuesta pierde fidelidad con respecto a la demanda original. Esta tensión al interior de la Corte IDH se aprecia más claramente en los votos particulares (todos concurrentes). En uno de ellos se recalca que la comunidad posee “una tradición contraria a la privatización y a la comercialización y venta (o alquiler) de los recursos naturales (y su explotación)”.²⁶ Por lo mismo, la cuestión desborda de un tratamiento como un asunto meramente patrimonial. En efecto, este voto particular considera necesario relevar que ha quedado acreditado en el proceso, que desprovistos de sus tierras, la comunidad se vería privada de practicar, conservar y revitalizar las costumbres culturales que dan sentido a su propia existencia y, por tanto, disociar estos dos elementos significa la negación de la existencia política de la comunidad. En otro de los votos particulares se observa una postura aún más radical, que insiste en la contradicción en que incurre el voto de mayoría, expresando que, si bien en el lenguaje de la

²⁶ Voto razonado de los jueces Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y Abreu Burelli.

Convención la demanda del pueblo Sumo se inscribe en el marco del derecho de propiedad, ella “desborda con creces este concepto tradicional en el que prima la relación individual”.²⁷

En *Moiwana vs. Surinam* la Corte IDH vuelve a enfrentarse a un problema similar, aunque en esta oportunidad se muestra más conservadora. El caso trata sobre las reivindicaciones territoriales de la comunidad Ndjuka de Moiwana, objeto de un desplazamiento forzado que deja como consecuencia decenas de muertos. El pueblo Ndjuka tiene rituales específicos que se deben seguir después de la muerte de una persona, cuya inobservancia representa una transgresión moral profunda. Una de las principales fuentes de sufrimiento para la comunidad es desconocer el paradero de los fallecidos y no poder enterrarlos en el lugar que fuera su hogar en vida. En la prueba rendida, todas las declaraciones de los miembros de la comunidad concordaron en la necesidad de regresar urgentemente a sus tierras para restaurar sus vidas, habiendo sido completamente ignorados por el Estado.

Ante situaciones de despojo territorial, el enfoque de derecho civil clásico establece que, una vez que la comunidad ha sido desplazada y la propiedad es adquirida por terceros por prescripción, se pierde cualquier derecho sobre las tierras. En esos casos, la comunidad podría únicamente demandar al Estado una indemnización de perjuicios. Así fue, justamente, como la Corte IDH resolvió el caso *Moiwana*.

En *Yakye Axa vs. Paraguay* la tensión entre la ortodoxia y la originalidad vuelve a aparecer. Por una parte, la Corte IDH intenta nuevamente argumentar en favor de una propiedad indígena de naturaleza extrapatrimonial, reinterpretando el término *bienes* del artículo 21 de la CADH, al señalar que éstos no son sólo las cosas apropiables, sino también “cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”, destacando que no necesariamente se debe identificar al término *valor* con un contenido pecuniario o apreciable en dinero. La pregunta que surge entonces es cómo se podría proteger, a través del derecho de propiedad, entidades no susceptibles de apropiación o de estimación pecuniaria. La Corte IDH no se detiene en responder a esta interrogante. Quizá ello explica por qué esta doctrina tampoco vuelve a ser invocada posteriormente.

Pero *Yakye Axa* también inaugura un camino paralelo más convencional, que a la postre se convertirá en jurisprudencia permanente: plantear el

²⁷ Voto razonado del juez H. Salgado Pesantes.

asunto como un conflicto entre dos distintos derechos de propiedad. En efecto, en esta sentencia se esbozan por primera vez criterios para solucionar conflictos cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada clásica entran en contradicción. Aunque para romper el empate la Corte IDH otorga mayor peso a la primera, ligándola con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado. En sus propias palabras: “[a]l desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros” (párrs.147 y 148). Por el contrario, las restricciones a la propiedad privada de particulares no supondrían este problema, por lo que estarían autorizadas por la CADH, siempre que éstas sean proporcionadas. Así las cosas, la expropiación en estos casos no vulneraría la CADH, si es que los perjudicados son resarcidos con el pago de una justa indemnización, conforme al artículo 21.2 de la CADH.

Si bien esta solución logra reducir parcialmente la laguna léxica, no la elimina. Por otra parte, esta interpretación tampoco deja de ser audaz y ha sido criticada desde otra perspectiva: representa una visión en la que la Corte IDH interpreta extensivamente el contenido y los contornos de los tratados, incluso por sobre el carácter convencional del derecho internacional; por ejemplo, invocando de manera subrepticia otros derechos que no están reconocidos expresamente por la CADH. Esta estrategia de los derechos implícitos, que se ha utilizado también en otras materias complejas, parece prestar poca atención al consenso de los Estados, el cual resulta un elemento fundamental en el derecho internacional.²⁸ Se volverá sobre este tema más adelante.

Para terminar, en *Xákmok Kásek vs. Paraguay* la Corte IDH fija oficialmente su doctrina actual, insistiendo en la relevancia cultural de la propiedad comunal indígena, pero a la hora de fallar siempre termina traduciendo dicho concepto a las categorías clásicas del derecho civil. Así las cosas, propiedad comunal indígena significa lo siguiente: 1) la posesión tradicional de los indígenas es equivalente a un título de dominio otorgado por el Estado; 2) la posesión tradicional otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de dichas tierras; 4) las comunidades indígenas que, por

²⁸ Neuman, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.

causas ajenas a su voluntad, hayan perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen sus derechos sobre las mismas, salvo que dichas tierras hayan sido legítimamente adquiridas por terceros de buena fe, y 5) en este último caso las comunidades tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (párrs. 85 y ss.).

2. Libertad de expresión y pueblos indígenas

En el contexto de represión sistemática que han ejercido los Estados nacionales, es probable que surjan formas de resistencia que conlleven acciones de fuerza. Los casos más conocidos internacionalmente son los de Chiapas, en México, y el conflicto territorial entre el Estado chileno y el pueblo mapuche. Este último fue objeto de una sentencia de alta significación para el SIDH en 2012. Al respecto, la sentencia *Norín Catrimán y otros vs. Chile* posee varias aristas interesantes, aunque por ahora interesa el capítulo relacionado con la libertad de expresión, donde el Estado chileno resultó condenado por vulnerar el artículo 13 de la CADH.

En síntesis: el asunto se refiere a las sanciones impuestas a ocho dirigentes mapuche que habían sido condenados penalmente bajo la figura de incendio terrorista. El delito en cuestión imponía, además de la pena de privativa de libertad, una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, que es la prevista en el artículo 9o. de la Constitución Política de Chile, que señala lo siguiente:

Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

La Corte IDH estimó que Chile vulneró la libertad de expresión de los denunciados (únicamente) por las siguientes razones: a) por haber sido

impuesta la pena fundándose en sentencias condenatorias que aplicaron una ley penal violatoria del principio de legalidad; b) por vulneración de garantías procesales, y c) por vulnerar el principio de la proporcionalidad de la pena. Si bien es cierto que la Corte IDH sí menciona la dimensión colectiva en su razonamiento, ésta desaparece en la parte dispositiva, adoptándose un enfoque exclusivamente individual. Este caso también se puede explicar como un problema de traducción; es decir, como una laguna léxica, puesto que no resulta comprensible desde las categorías culturales propias del pueblo mapuche. No obstante, si la Corte hubiera sido fiel a la cosmovisión mapuche, la sentencia habría sido difícilmente comprensible en el lenguaje de una teoría estándar de los derechos humanos.

Todo aquel que conoce la cultura mapuche sabe que dentro de su cosmovisión el individuo se diluye dentro del colectivo, por lo que para ellos la conducta del Estado chileno representa una ofensa contra toda comunidad, no sólo en contra de ocho de sus miembros.²⁹ En este contexto, se puede recordar que incluso la teoría de los derechos humanos ofrecería una mejor lectura para entender la libertad de expresión para este caso, en la teoría de la dimensión institucional de la libertad de expresión de Owen Fiss.³⁰ Esta tesis concibe a la libertad de expresión no simplemente como una protección de la autonomía personal, sino, más bien, como una garantía de la formación de una opinión crítica y pluralista en la comunidad, aspecto esencial en cualquier democracia.³¹

Aunque esta segunda perspectiva se aproximaría mejor a la comprensión que podría tener un mapuche de los hechos, aun así seguiría sin ser una traducción fluida. En algún sentido, la Corte IDH captura parcialmente la especificidad cultural cuando estima que dichas personas, en tanto autoridades tradicionales del pueblo mapuche, les incumbe un papel determinante en la comunicación de los intereses y en la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades (párr. 375). Por esta razón, argumenta que la imposición de dicha pena limita severamente la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información de

²⁹ Sánchez Curihuentro, Juan, “El *Az Mapu* o sistema jurídico mapuche”, *Revista CREA*, núm. 2, 2001, p. 36.

³⁰ Fiss, Owen, “Libertad de expresión y estructura social”, en Ávila, María *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debate, alcances y nueva agenda*, Quito, Unesco, 2011, p. 68.

³¹ *Ibidem*, p. 82.

los ocho dirigentes, pero también de las comunidades a las que representan. Sin embargo, como ya se señaló, la parte dispositiva de la sentencia soslaya completamente la dimensión colectiva y se refiere únicamente a las ocho autoridades ya mencionadas.

Para el pueblo mapuche, atentar contra un *werken* (mensajero o portavoz) o un *lonko* (cabeza o jefe) significa una afrenta contra el colectivo, y los efectos que ello produce podrían traducirse, en esta cultura, como una declaración de guerra (*hueicha*). Ello porque estas autoridades son fundamentales para que la comunidad pueda existir, interactuar con otras comunidades o con las autoridades chilenas. En otras palabras, se trata de un atentado político en contra de la comunidad en sí misma.

Desde la perspectiva occidental, bien podría sostenerse que se trata de un acto de expulsión de la comunidad política dentro del Estado chileno, pues como afirma Velasco, este problema se refiere a la delimitación del *demos constitutivo* en un determinado espacio geográfico.³² La criminalización de las autoridades tradicionales es, en efecto, un acto de desarticulación del pueblo mapuche en particular, y general, un ataque en contra de las culturas indígenas, con sus propias identidades, tradiciones, costumbres, organización social y cosmovisión. No se debe perder de vista que la desarticulación política y cultural de los pueblos originarios ha sido una política pública practicada durante siglos para “integrar” o “asimilar” a los indígenas.³³

Si se pretende cambiar la realidad antes descrita, probablemente se deban adoptar estrategias que excedan el mero uso del lenguaje de los derechos humanos subjetivos individuales.³⁴ Esto no quiere decir que los derechos humanos no sean parte de la estrategia, pero dado que éstos no siempre son capaces de captar la verdadera esencia de las demandas de justicia que emanan de las comunidades indígenas y tribales, es necesario desarrollar políticas públicas que sean sensibles frente a las diferencias culturales. Un buen ejemplo

³² Velasco, Juan, “La noción republicana de ciudadanía y la diversidad cultural”, *Isegoría*, núm. 33, 2006, pp. 191-206.

³³ Stavenhagen, Rodolfo, “Identidad indígena y multiculturalidad en América latina”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 4, núm. 7, 2002, p. 13.

³⁴ Como muestra de que el problema excede a las ocho víctimas del caso Norín Catrimán, en la opinión chilena ha causado gran impacto el caso del *lonko* Alberto Curamil, también condenado penalmente, quien, en 2019, fue galardonado con el Premio Goldman, sin tener la posibilidad de viajar a San Francisco a recibirlo. Curamil se destacó por organizar una campaña para detener la construcción de dos proyectos hidroeléctricos y un río sagrado.

de que el derecho internacional puede ser útil en este aspecto es el artículo 16 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, que dispone que éstos tienen derecho a establecer sus propios medios de información, en sus propios idiomas, y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

Una idea similar plantea La Rue,³⁵ quien ha planteado que los medios de comunicación social deben ser representativos y diversos en cuanto a su personal, y, además, que en su cobertura generen un ambiente de respeto a la diversidad cultural y multiculturalidad. Según este autor, los medios, aparte, deben promover y proteger los idiomas de las minorías y los pueblos indígenas, lo que incluye el derecho a expresarse en su propio idioma, así como reproducir su cultura y tradiciones de manera privada y pública.

Sin embargo, medidas de estas características parecen aún tener un papel meramente testimonial dentro del derecho internacional público, en su estado actual de desarrollo y, en cualquier caso, para que se hagan realidad, requerirían de políticas públicas integrales que integren acciones de concientización y educación del carácter multicultural de las sociedades americanas.

IV. DERECHOS HUMANOS, POBREZA, DESIGUALDAD Y EXCLUSIÓN RADICAL

Una segunda dificultad que frecuentemente enfrentan las sentencias de la Corte IDH sobre pueblos indígenas y tribales se relaciona con el hecho de que éstas deben lidiar con contextos de pobreza, desigualdad y exclusión radical. Como sabemos, las poblaciones indígenas y tribales, por regla general, se encuentran en una situación de vulneración estructural de derechos básicos, con importantes niveles de carencia en el acceso a bienes y servicios elementales. A esto hay que añadir que han sido sometidos al expolio de sus recursos naturales, negándoseles la capacidad de decidir sobre éstos, lo que ha empeorado exponencialmente su situación. Lo anterior configura un panorama que los sitúa entre los grupos más pobres del

³⁵ La Rue, Frank, “Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables”, en Ávila, María *et al.* (eds.), *Libertad de expresión: debate, alcances y nueva agenda*, Quito, Unesco, 2011, pp. 243-252.

continente. El principal problema que aquí se presenta es que la exclusión social, económica y política, derivada de los niveles extremos y persistentes de desigualdad, termina por aniquilar la imparcialidad legal y provoca la invisibilidad de los sumamente pobres.³⁶

Para enfrentar situaciones así, la Corte IDH también ha debido concebir sus decisiones como acciones que tienen por propósito intervenir en los sistemas nacionales, a veces con bastante profundidad. En definitiva, en este tipo de casos se presenta un dilema estratégico de características similares al anterior: o la Corte IDH puede ser ambiciosa, pero correr el riesgo de ser poco exitosa en generar sinergias con el derecho interno, o puede plantearse objetivos más modestos, que constituirán avances menores pero con mayores posibilidades de resultar fructíferos. Frente a esta disyuntiva no siempre será fácil determinar lo óptimo entre estas dos variables en juego.

La estrategia que ha utilizado la Corte IDH ha sido la interpretación extensiva de los derechos reconocidos en la CADH, utilizando técnicas como el *ius cogens* o el diálogo con otras jurisdicciones externas al SIDH. También cabe en esta categoría toda la jurisprudencia sobre medidas reparatorias, aspecto en el que la Corte IDH aparece como uno de los tribunales más creativos del mundo.³⁷ Adicionalmente, al problema económico de la escasez las decisiones de la Corte IDH, en este tipo de situaciones, enfrentan otro problema, relativo a su legitimidad para intervenir en el diseño de políticas públicas. Por lo general estas intervenciones inciden sobre ámbitos en los que internamente existe un profundo disenso, por ejemplo: decisiones estratégicas sobre el uso y explotación de recursos naturales, la existencia y alcance de derechos sociales, etcétera. Por este motivo los Estados tienden a ser minimalistas en la suscripción de compromisos internacionales en estas materias, lo que explica la apuesta por la interpretación extensiva que ha realizado la Corte IDH.

La estrategia ha sido motivo de críticas, cuestionándose su legitimidad democrática para obrar en tal sentido, sobre todo en lo que concierne a establecer estándares que imponen obligaciones a los Estados no expresa-

³⁶ Cimadamore, Alberto *et al.*, *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinares*, Buenos Aires, Clacso, 2006.

³⁷ Schönsteiner, Judith, "Dissuasive Measures and the Society as a Whole: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights", *American University International Law Review*, vol. 23, 2007, pp. 127-164.

mente asumidas por los tratados del SIDH.³⁸ Al respecto, se ha sostenido que en el SIDH podría tener cabida una solución similar a la doctrina del margen de apreciación, utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para solventar la falta de consenso en determinadas materias, reconociendo a los Estados cierta latitud a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁹ Justamente, esta doctrina ha surgido como un intento de impulsar un equilibrio entre las visiones nacionales de los derechos humanos y la aplicación uniforme de los valores del Convenio Europeo, lo que para estos autores deja en evidencia el carácter subsidiario del derecho internacional.⁴⁰

Pero la Corte IDH también ha sido criticada desde la perspectiva contraria; es decir, porque sus intervenciones carecen de la relevancia y asertividad necesarias para provocar cambios reales. En este sentido, Thomas Antkowiak ha señalado que, a pesar de que ésta normalmente utiliza términos como *restitutio in integrum* u ordena medidas que se dirigen explícitamente a la “sociedad en su conjunto”, al examinarse las reparaciones decretadas, están lejos de acercarse al óptimo.⁴¹ En efecto, este autor puntualiza que, muchas veces, la Corte IDH debe decidir entre la dimensión individual o la dimensión colectiva del asunto, una en perjuicio de la otra, cuando lo ideal sería considerar los dos aspectos conjuntamente. De todas formas, reconoce que la Corte IDH ha sido pionera en abordar este tipo de casos, y que por su complejidad la restauración completa de las víctimas a menudo está fuera de alcance, especialmente en casos de grupos grandes.

³⁸ Paul, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, 2013, pp. 303-345; Neuman, Gerald, *op. cit.*

³⁹ Contreras, Pablo, “Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 235-274; Núñez, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Acosta, Paola y Núñez, Manuel (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 3-49.

⁴⁰ Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Ambers, Intersentia, 2002, p. 3.

⁴¹ Antkowiak, Thomas, “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 25, 2014, pp. 1-80.

Si bien estas críticas poseen un carácter más general, que excede los asuntos sobre pueblos indígenas, es en dicho ámbito donde se pueden encontrar claros ejemplos donde se manifiesta esta tensión. A continuación, se revisará un par de ellos.

1. *El derecho a la consulta previa*

Los casos sobre consulta previa plantean la pregunta acerca de cuál es el papel de las comunidades para decidir sobre los recursos naturales ubicados en su territorio y que buscan ser explotados económicamente por el Estado o por particulares con autorización del Estado. Como dato importante, se debe mencionar que el derecho a la consulta no está regulado en ninguna norma del SIDH, sino que está consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por lo que, en principio, la Corte IDH no podría invocar dicho tratado.

La jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa se inicia en *Saramaka vs. Surinam* y alcanza su madurez en *Sarayaku vs. Ecuador*. En *Saramaka*, la denuncia se origina en la emisión de una serie de concesiones madereras y mineras para la explotación y extracción de recursos naturales que se encuentran dentro del territorio comunitario. En esta sentencia la Corte IDH adopta una estrategia bastante audaz: decide aplicar una solución incluso más exigente para el Estado que la establecida por el propio Convenio 169, el cual, por cierto, Surinam ni siquiera había ratificado. El argumento fue que exigir el consentimiento de las comunidades es una obligación de *ius cogens*, lo que quiere decir que es una norma generalmente aceptada por la comunidad internacional, sobre la que existe consenso en su obligatoriedad.

En específico, la sentencia declara que los artículos 1.1 y 26 de la CADH deben ser interpretados a fin de garantizar que las restricciones impuestas a la comunidad, a causa de concesiones otorgadas en su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal. Con este propósito, el Estado debe cumplir con las siguientes garantías: primero, debe asegurar la participación efectiva del pueblo saramaka, conforme con sus costumbres y tradiciones, en toda actividad económica que se ejecute dentro de su territorio; segundo, se debe garantizar que el pueblo saramaka se beneficie razonablemente de toda actividad de estas característi-

cas, y tercero, se debe garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro del territorio saramaka, a menos que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Estas obligaciones, en teoría, serían suficientes para satisfacer el estándar del Convenio 169, pero la sentencia de marras va incluso más lejos del aseguramiento de la participación efectiva, pues añade que se requiere el consentimiento “libre, informado y previo” de las comunidades involucradas. Esta exigencia es alta, teniendo en cuenta que el Convenio 169 rechazó la obligación de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas para la aprobación de las medidas que los pudieran afectar, reemplazándose ese concepto por la noción de consulta en su artículo 6o.⁴²

En *Sarayaku vs. Ecuador* la Corte IDH vuelve a configurar su doctrina, retrocediendo respecto de la tesis defendida en *Saramaka*. Una posible explicación podría ser que Surinam, hasta la fecha, no ha cumplido con las medidas reparatorias decretadas en la sentencia.⁴³ Por el contrario, a pesar de que el caso contra Ecuador es posterior en cinco años, el Estado ha dado cumplimiento de forma importante a las obligaciones establecidas por la sentencia. Además, otro dato importante es que Ecuador sí había ratificado el Convenio 169 de la OIT, por lo que es un antecedente que hace presumir la colaboración del Estado, lo que aumenta las posibilidades de cumplimiento.

Concretamente, en *Sarayaku* la Corte IDH resuelve que el Estado, para autorizar planes de desarrollo o inversión dentro del territorio comunitario, “tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes” (párr. 177). Añadiéndose que las consultas tienen que realizarse de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados, y que deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se señala que se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no sólo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. En definitiva, sería el incumplimiento de la obligación de la realización de la consulta, sin observar sus características esenciales, lo que

⁴² Mereminskaya, Elina, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas”, *Estudios Públicos*, núm. 121, 2011, p. 222.

⁴³ Resolución de cumplimiento de sentencia, 26 de septiembre de 2018, *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

compromete la responsabilidad internacional de los Estados, y no el consentimiento, tal como se exigió en la primera sentencia.

2. *El derecho a la vida digna de los pueblos indígenas*

Otro ejemplo de este dilema se encuentra en el reconocimiento de derechos sociales, a través de una relectura de derechos civiles. La Corte IDH, en su primera década, entendió el derecho a la vida como el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, ya sea por agentes estatales o por particulares con tolerancia del Estado. Sin embargo, ya a finales de la década de 1990, se comenzó a interpretar este derecho de forma más extensiva. En el *caso niños de la calle* se formuló por primera vez un concepto que después sería frecuentemente utilizado y profundizado: el derecho a una “vida digna”, que configuraría la existencia de condiciones mínimas de seguridad y satisfacción de las necesidades económicas básicas.⁴⁴

La primera vez que se aplica esta interpretación a los pueblos indígenas y tribales es en *Yakie Axa vs. Paraguay*. En el proceso se acreditó que los miembros de esta comunidad vivían en condiciones de miseria extrema a causa de la precariedad del asentamiento temporal donde se vieron obligados a permanecer, a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras. Posteriormente, en *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH explicó más específicamente lo que entiende por el derecho a la vida digna de los pueblos indígenas y tribales, señalando que este concepto equivale a la satisfacción de un conjunto de condiciones mínimas: acceso y calidad del agua, alimentación por sobre los estándares de desnutrición, servicios de salud próximos y respetuosos de los usos y costumbres tradicionales y un sistema educativo sensible a las diferencias culturales.

El último hito jurisprudencial en esta línea es el *caso Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020)*, donde vincula la idea en comento a los derechos a un medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a participar de una vida cultural. Es interesante constatar como la Corte IDH es consciente del problema, pues a pesar

⁴⁴ Véanse el caso de los “Niños de la calle”, sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Villagrán Morales y otros), párr. 144, y el caso del “Instituto de Reeducación del Menor”, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 156.

de que resuelve condenar al Estado e imponer una larga lista de medidas reparatorias (algunas incluso implican el desplazamiento de la población a otros territorios), por primera vez incluye un inédito reconocimiento de lo difícil que puede resultar para Argentina el cumplir con las medidas decretadas (párr. 323).

Dentro de este mismo contexto existió otra línea que la Corte IDH intentó desarrollar, lo que indica que los dos problemas estudiados tienden a confluir. En *Moiwana vs. Surinam* el concepto de *vida digna* estaba provisto de un contenido cultural específico. Al respecto, el voto particular del juez Cançado Trindade se exploya sobre el particular, aduciendo la existencia en la CADH de un “derecho a un proyecto de post-vida”, el que tiene en cuenta las relaciones de los vivos con los muertos. En palabras de dicho juez:

En el *cas d'espèce*, me da la impresión de que los N'djukas tienen derecho a apreciar su proyecto de post-vida, el encuentro de cada uno de ellos con sus antepasados, la relación armoniosa entre los vivos y los muertos. Su visión de vida y post-vida abriga valores fundamentales, largamente olvidados y perdidos por los hijos e hijas de las “revoluciones” industriales y comunicativas (u otras involuciones, desde la perspectiva espiritual).

Esta interpretación del derecho a la vida digna tampoco logró trascender, aunque es interesante constatar que el voto particular parte por reconocer que se trata de una opinión de *lege ferenda*. Desde luego, la construcción es novedosa, al mismo tiempo que compleja. Probablemente, lo más cercano en términos teóricos es una concepción de justicia basada en la idea de reconocimiento, en la dirección propuesta por Nancy Fraser.⁴⁵ Ahora bien, la manera como el juez Cançado Trindade traduce la idea de daño a ese “proyecto de post-vida” es la teoría del daño espiritual, que sería una categoría distinta del daño moral, destinado a indemnizar el sufrimiento.⁴⁶

Al respecto, el voto particular plantea que, a diferencia del daño moral, que se enfoca en cuantificar el *pretium doloris*, el daño espiritual no es susceptible de indemnización pecuniaria, sino que precisa otro tipo de

⁴⁵ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *Revista de Trabajo*, núm. 6, 2008, pp. 83-99.

⁴⁶ Gómez, Fernando, “Daño moral”, *InDret*, núm. 1, 2000, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf.

reparación, la que, como se puede constatar de la siguiente cita, no parece nada sencilla, pues exige la preservación de la memoria histórica colectiva de los N'djuka contra el olvido: “en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos”.

V. VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES

No se puede concluir este estudio sin una valoración general de lo expuesto. Sin duda alguna, no se puede negar la trascendencia de las sentencias analizadas. En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un importante rol simbólico en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En segundo lugar, esta jurisprudencia también ha producido efectos tangibles que han significado avances importantes, que de otro modo no habrían sido posibles. Probablemente, no existe otro foro en el continente que haya expuesto, con la contundencia con que la Corte IDH lo ha hecho, las situaciones de despojo y vulneración de derechos a las que han sido sometidos los pueblos indígenas y tribales por los Estados nacionales de nuestro continente.

Sin embargo, en la actualidad y en la medida en que en América Latina se ha experimentado un resurgimiento de las reivindicaciones de los pueblos indígenas y tribales, los que rechazan la asimilación, afirman sus raíces y reclaman sus derechos, es necesario relevar qué es lo que se puede obtener del SIDH, teniendo en cuenta sus virtudes y limitaciones. En efecto, de este estudio se puede concluir que el potencial que posee el SIDH como agente de denuncia es enorme, mas sería engañoso pensar que puede proveer todas las soluciones a los problemas que afectan a dichos pueblos.

La experiencia latinoamericana es rica en problemas jurídicos originados del entrelazamiento entre órdenes normativos nativos y órdenes constitucionales de los Estados. Ello es un poderoso incentivo para diversificar las estrategias de emancipación de los pueblos indígenas y tribales y la promoción de sus formas de vida. Desde luego, el recurso a los derechos humanos, entendidos de acuerdo con la teoría estándar, es una de esas opciones. No obstante, como se ha puesto en evidencia a lo largo de estas páginas, las

limitaciones que presenta el discurso de los derechos es un incentivo para diversificar las alternativas en insistir en discursos alternativos, no renunciando a la posibilidad de articular instituciones jurídicas originales, que permitan satisfacer las demandas de justicia de grupos humanos con cosmovisiones distintas a la eurocéntrica.

En las sentencias analizadas se hacen evidentes las limitaciones del discurso de los derechos humanos. Esto explica que la Corte IDH se ha visto en la necesidad de compatibilizar formas completamente distintas de entender la justicia, pero también de reparar injusticias profundas e históricamente asentadas, lo que, por supuesto, representa una tarea dantesca. Frente a este panorama, la Corte IDH se ha visto enfrentada a un dilema que se compone de dos partes: decidir entre lo ortodoxo o lo original, entre lo ambicioso y lo realista. En realidad, ello no hace más que confirmar que el derecho internacional no puede sino ser entendido como un ordenamiento de mínimos, pero también siempre como un recurso que sólo puede operar en subsidio de los mecanismos estatales.

Finalmente, y más allá de lo estrictamente jurídico, es necesario pensar en una adecuada estrategia diversificada de emancipación de los pueblos indígenas. En este sentido, es imperativo que la política ordinaria, la educación y la cultura sean estructuradas más allá del individualismo, el Estado y el mercado. Esto último es la única manera de reconocer un valor intrínseco a las cosmovisiones indígenas, al mismo nivel que la forma moderna, europea y colonial de ver el mundo, y, en definitiva, reivindicar el hecho de que una sociedad que niega su diversidad no hace sino cercenar parte importante de su capital cultural.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTKOWIAK, Thomas, "A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 25, 2014.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Amberes, Intersentia, 2002.

- BLANCO, Jesús, “Las concepciones del *ius naturale* o los fundamentos de la política en Grocio, Hobbes y Espinoza”, *Papeles de Filosofía*, vol. 22, núm. 1, 2003.
- BURGER, Julian, “La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014.
- CAVALLARO, James y BREWER, Stephanie, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008.
- CIMADAMORE, Alberto *et al.*, *Pueblos indígenas y pobreza. Enfoques multidisciplinarios*, Buenos Aires, Clacso, 2006.
- CONTRERAS, Pablo, “Control de Convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014.
- DONNELLY, Jack, “The Relative Universality of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, núm. 2, 2007.
- ENGLE, Karen, “On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, núm.1, 2011.
- ESTUPIÑAN, Rosmerlin, “Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos *culturales* inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.
- ESTUPIÑAN, Rosmerlin e IBÁÑEZ, Juana, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2014.
- FISS, Owen, “Libertad de expresión y estructura social”, en ÁVILA, María *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debate, alcances y nueva agenda*, Quito, Unesco, 2011.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1982.
- FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *Revista de Trabajo*, núm. 6, 2008.
- GUZMÁN, Alejandro, “Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjetivo»”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 25, 2003.

- LA RUE, Frank, “Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables”, en ÁVILA, María *et al.* (eds.), *Libertad de expresión: debate, alcances y nueva agenda*, Quito, Unesco, 2011.
- GÓMEZ, Fernando, “Daño moral”, *InDret*, núm. 1, 2000, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf.
- HITTERS, Juan, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 1995.
- MACK, Johnny, “Hoquotist: Reorienting through Storied Practice”, en LESSARD, Hester *et al.* (eds.), *Narratives of Contact and Arrival in Constituting Political Community*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2011.
- MEREMINSKAYA, Elina, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas”, *Estudios Públicos*, núm. 121, 2011.
- NÚÑEZ, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en ACOSTA, Paola y NÚÑEZ, Manuel (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- PAUL, Álvaro, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, 2013.
- NEUMAN, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008.
- POVINELLI, Elizabeth, *The Cunning of Recognition*, Durham, Duke University Press, 2002.
- RAWLS, John, *The Law of the People*, Harvard University Press, 2001.
- RISSE, Thomas y SIKKINK, Kathryn, “The Socializations of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction”, en RISSE,

Thomas *et al.* (eds.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Juan, “El *Az Mapu* o sistema jurídico mapuche”, *Revista CREA*, núm. 2, 2001.

SAUCA, José María y WENCES, Isabel, “Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015.

SCHÖNSTEINER, Judith, “Dissuasive Measures and the Society as a Whole: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, vol. 23, 2007.

SCHÖNSTEINER, Judith y COUSO, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: ensayo de un balance”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Santiago de Chile, LOM Editores, 2013.

STAVENHAGEN, Rodolfo, “Identidad indígena y multiculturalidad en América latina”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 4, núm. 7, 2002.

THOM, Brian, “Reframing Indigenous Territories: Private Property, Human Rights and Overlapping Claims”, *American Indian Culture and Research Journal*, vol. 38, núm. 4, 2014.

UNICEF, *Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina*, 2020.

VELASCO, Juan, “La noción republicana de ciudadanía y la diversidad cultural”, *Isegoría*, núm. 33, 2006.

WITHELEY, Peter, “Do «Language Rights» Serve Indigenous Interests? Some Hopi and Other Queries”, *American Anthropologist, New Series*, vol. 105, núm. 4, 2003.

**Deferencia a la soberanía nacional.
Práctica y doctrina del margen de apreciación
nacional en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos***

*National Sovereignty Deference. National Margin
of Appreciation Doctrine and Practice
in the Inter-American Human Rights System*

*Deference de la souveraineté.
La pratique et la doctrine de la marge
d'appréciation dans le système interaméricain
de protection des droits de l'homme*

Édgar Hernán Fuentes Contreras**
Luz Eliyer Cárdenas Contreras***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Construcción conceptual del margen de apreciación*. III. *Recolección de la jurisprudencia sobre el margen*. IV. *Desarrollo interamericano del margen de apreciación*. V. *Observaciones frente a los parámetros de aplicabilidad del margen*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Artículo de investigación que expone los resultados preliminares de los proyectos de posdoctorado y doctorado de los autores, respectivamente, financiados por la Universidad de los Andes, Chile, a través del Fondo de Ayuda a la Investigación.

** Universidad de los Andes, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1066-0999>.

*** Universidad de los Andes, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7986-4343>, lecardenas@miuandes.cl.

Artículo recibido el 10 de junio de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 197-231
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: Con dificultad puede sostenerse, hoy en día, que la inclusión de la doctrina del margen de apreciación nacional es un asunto exclusivo del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por el contrario, su uso directo o indirecto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos abre un espacio de discusión sobre su comprensión y desarrollo que va más allá de la simple mención de la categoría. En ese sentido, se busca examinar los parámetros de aplicabilidad del margen de apreciación nacional dentro del contexto de este sistema regional de protección, entre los años 1981-2020. Para ello, se compondrá de cuatro acápite, iniciando por el marco conceptual, para pasar a la metodología y sus respectivos resultados y finalizar, previo a las conclusiones, con las observaciones de comprensión de esta categoría.

Palabras clave: Sistema Interamericano, deferencia, margen de apreciación, soberanía, derechos humanos.

ABSTRACT: Nowadays, it is difficult to argue that the inclusion of the doctrine national margin of appreciation is an exclusive matter of the European System of Human Rights Protection. On the contrary, the direct or indirect use of this doctrine by the Inter-American Human Rights System opens a space for discussion about its understanding and development, going beyond the conceptual mention of this category. In this sense, this article seeks to examine, from an exploratory methodology, the application parameters of the national margin of appreciation within the context of the latter regional protection system, between 1981-2020. To do this exercise, this article has four sections. It starting with a conceptual framework in order to move on to the methodology section and its respective results. The article ends prior to the conclusions, with the understanding observations of the margin of national appreciation category.

Key words: Inter-American Human Rights System, deference, margin of appreciation, sovereignty, human rights.

RÉSUMÉ: De nos jours, on ne peut qu'affirmer que l'inclusion de la doctrine de la marge d'appréciation nationale n'est plus une question exclusive du système européen de protection des droits de l'homme. Au contraire, son utilisation directe ou indirecte dans le Système interaméricain des droits de l'homme ouvre un espace de discussion sur sa compréhension et son développement, qui va au-delà de la simple mention conceptuelle de la catégorie. Quatre sections composent cet article qui poursuit, à partir d'une étude exploratoire, l'objectif général d'identifier et examiner les paramètres d'applicabilité de la marge d'appréciation nationale dans le cadre de ce système régional de protection des droits de l'homme, entre les années 1981-2020. Pour ce faire, tout d'abord on commencera par présenter le cadre conceptuel, afin de pouvoir examiner la méthodologie et ces résultats respectifs et, avant les conclusions, analyser les observations de compréhension de cette catégorie.

Mots-clés: Système Interaméricain, déférence, marge d'appréciation, souveraineté, droits humains.

I. INTRODUCCIÓN

Tal como es conocido, el desarrollo y uso de la doctrina del margen de apreciación nacional (en adelante margen de apreciación) se ha encontrado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha reconocido una libertad configurativa de los Estados para interpretar ciertas obligaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH).

Precisamente, será en el TEDH, tomando como referencia la Comisión Europea de Derechos Humanos, quien permitirá observar el margen de apreciación como una herramienta que limita el control judicial de los tribunales internacionales, en razón al reconocimiento del ejercicio de la autonomía poder estatal “en torno a la determinación (contenido y alcance) de los derechos humanos”.¹

Pese a que dicha doctrina no puede ser considerada como reciente en su formación,² debido a que su primer uso en el sistema europeo fue en 1958, en el sistema regional interamericano de protección de derechos humanos (en adelante Sistema Interamericano o Sistema Interamericano de Derechos Humanos) su uso ha sido sometido a percepciones discordes, al punto de ser negada su existencia en el quehacer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o CoIDH).³

¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012, pp. 183.

² “Los primeros antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos Grecia c. Reino Unido [1958], Lawless c. Irlanda [1959], y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia [1969]”. López Alfonsín, Marcelo Alberto, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, *Lex*, año XV, núm. 19, enero-junio de 2017, p. 56.

³ “...la figura del margen de apreciación en su concepción más estricta no ha sido recepcionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual tiene fundamentos normativos y se basa en el principio de efectividad en la protección”. Nash Rojas, Claudio, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte

Con todo, más allá de las posiciones que permite considerar la conveniencia y oportunidad de la categoría en referencia,⁴ un ámbito notorio sobre el estudio de la recepción de una idea, categoría o teoría jurídica es que éste no puede basarse de manera exclusiva en el uso del término o expresión. Si así fuera se podría afirmar, por ejemplo, que la recepción o trasplante del bloque de constitucionalidad de origen francés por parte de los países latinoamericanos es totalmente errado y no equivalente a la formulación original.⁵ De tal modo, bajo la hipótesis de que existe una inclusión de la categoría, seguramente sometida a una mutación o a una lectura transformadora,⁶ en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, el presente artículo dará respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿cuál es el parámetro de aplicabilidad del margen de apreciación dentro del contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos entre 1981-2020?

Para dar respuesta a dicha indagación se diseñó un estudio exploratorio de los casos contenciosos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión o CIDH) y de las sentencias la Corte, con el fin de elaborar una presentación correlacional basada en cuatro acápites previos a las conclusiones: el primero, que funciona como marco conceptual, indaga los elementos de la noción del margen de apreciación, para

Interamericana de Derechos Humanos”, *ACDI*, vol. 11, 2008, p. 96; *cf.* Lovatón Palacios, David, “¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional?”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 2, julio-diciembre de 2018, pp. 339-368.

⁴ “Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada”. Barbosa Delgado, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011, p. 110; *cf.* Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *op. cit.*, pp. 51-82.

⁵ *Cfr.* Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014; Maldonado Sánchez, Adán, *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, México, Tirant lo Blanch, 2019; Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.

⁶ *Cfr.* López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes y otros, 2004.

pasar, en un segundo momento, a la descripción de la metodología de recolección empleada, y como tercer acápite, a una recapitulación correlacional temática del tratamiento del margen de apreciación en el Sistema Interamericano; finalmente, se desarrollan las observaciones correspondientes a los parámetros de aplicabilidad.

II. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

El origen del margen de apreciación nacional suele vincularse como un reflejo parcial de nociones internas,⁷ tales como las empleadas en el Consejo de Estado francés al desarrollar el *marge d'appréciation*,⁸ el *ermessensspielraum* de la doctrina alemana,⁹ o los llamados conceptos indeterminados del derecho administrativo.¹⁰ Empero, dichas nociones distan realmente del uso que se le atribuyó al margen de apreciación aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, quien la empleó por vez primera en el caso *Grecia vs. Reino Unido*, 1958-1959¹¹, y de manera posterior el TEDH.¹²

Ambos órganos se ampararon en el artículo 15 del CEDH, que permitía derogar de manera temporal las obligaciones del Convenio en casos de guerra o de peligros públicos que amenazaran la vida de la nación, en la estricta medida en que lo exigiera la situación. A partir de ello empezaron a construir esta categoría y, con posterioridad, la hicieron extensiva, desde

⁷ Véase Martínez Estay, José Ignacio, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 1, julio-diciembre de 2014, pp. 365-396.

⁸ Marochini, Maša, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *Bornik Radova Pravnoj Fakulteta u Splitu*, vol. 51, núm. 1, enero-junio de 2014, p. 69.

⁹ Cfr. Sommermann, Karl-Peter, “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho”, en Aberasturi, Pedro (coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-Abeledo Perrot, 2009, pp. 1-20.

¹⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto de 1962, pp. 159-208.

¹¹ Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2000, pp. 40 y 41.

¹² Cfr. Arai-Takahashi, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia, 2002.

el TEDH, para otras obligaciones contenidas en el Convenio y el Protocolo I Adicional,¹³ con lo cual ha llevado a aludirse, inclusive, en un uso inflacionario de esta doctrina.¹⁴

Así, a pesar de que “La doctrina del margen no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios”,¹⁵ se puede observar como una garantía del principio de subsidiaridad, “que es inherente a una protección internacional y debe lógicamente producirse después de la interna y en defecto de la misma. La justificación de esta doctrina procede de la misma naturaleza de una tutela internacional”.¹⁶

Pese a su utilización frecuente y a su reciente positivización, el TEDH no ha definido de manera unívoca el concepto y las características de esta figura. En los casos en que la ha aplicado, el TEDH no ha hecho un esfuerzo argumentativo fuerte para explicar con profundidad sus presupuestos, sino que se ha limitado a utilizarla. El vacío teórico ha sido suplido por algunos autores que han podido deducir que el margen nacional de apreciación es una figura mediante la cual el TEDH se inhibe de conocer un asunto y determinar si el contenido de los derechos en disputa ha sido vulnerado.¹⁷

La abstinencia del Tribunal en el juzgamiento de los Estados solía estar conectada con la ausencia de uniformidad sobre la regulación del derecho al interior de los Estados, que se asumía como la carencia de un consenso internacional:

¹³ Sánchez-Molina, Pablo, “El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 1, enero-junio de 2014, pp. 371-386.

¹⁴ Cfr. Kratochvíl, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 3, septiembre-noviembre de 2011, pp. 324-357.

¹⁵ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, julio-diciembre de 2007, p. 121.

¹⁶ *Idem*. Véase, además, D’Alterio, Elisa, *La funzione di regolazione delle Corti Nello Spazio Amministrativo Globale*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷ Fernández Parra, Sergio Alejandro, “El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Eunomía*, núm. 17, octubre de 2019-marzo de 2020, p. 80.

La aplicación del consenso como criterio interpretativo obedece a razones evidentes. Es la comunidad regida por las normas convencionales a aplicar la que le da vida a esas normas. Es la comunidad la que vive el derecho y determina su contenido preciso partiendo de un núcleo inderogable. La sociedad evoluciona, lo que se manifiesta, entre otros, en actos legislativos, ejecutivos y judiciales. Pero cuando el tribunal no ha encontrado un consenso en torno al sentido y alcance del derecho, en ocasiones se ha aplicado lo que se conoce como el margen de apreciación.¹⁸

De este modo, no parece erróneo asumir a “La dottrina del margine di apprezzamento indica, infatti, lo spazio lasciato agli Stati nell’applicazione della Convenzione per bilanciare l’adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali”.¹⁹ En otras palabras, un “espacio de maniobra”, “the breadth of deference” o, simplemente, el grado de deferencia que los órganos internacionales reconocen a los de los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.²⁰

En esa dirección, no sólo son múltiples los casos, sino también las temáticas en las cuales se ha empleado esta doctrina en el sistema europeo,²¹ lo

¹⁸ Benavides Casals, María Angélica, “El Consenso Y El Margen De Apreciación En La Protección De Los Derechos”, *Ius Et Praxis*, vol. 15, núm. 1, enero-junio de 2009, pp. 300 y 301.

¹⁹ Anrò, Ilaria, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell’uomo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 9 y 10.

²⁰ Sánchez Molina, Pablo, “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”, *Eunomia*, núm. 9, octubre de 2015-marzo de 2016, p. 226. *Cfr.* “Most of the definitions of the doctrine concentrate on the deference that the doctrine provides to States. Yourow describes it as «freedom to act; manoeuvring, breathing or «elbow» room; or the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare» a violation of the Convention. Arai-Takahashi talks about a «latitude a government enjoys» in applying the provisions of a treaty. Benvenisti similarly described it as a «certain latitude [each society has] in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions». Greer refers to a «room for manoeuvre the Strasbourg institutions are prepared to accord national authorities in fulfilling their obligations» and «bandwidth». Merrills talks about an «area of discretion». Kratochvíl, Jan, *op. cit.*, p. 327.

²¹ Verbigracia, sobre la prohibición de tortura, tratos crueles y degradantes el caso *Tyrer vs. Reino Unido* (1978); frente al derecho al respeto a la vida privada y familiar el caso *Goodwin vs. Reino Unido* (2002), *Pretty vs. Reino Unido* (2002), *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*

que ha facilitado el carácter multívoco de la doctrina y, de igual manera, que se pueda aludir a grados de deferencia dependiendo del asunto.²²

En esa perspectiva, la amplitud del concepto no fue un impedimento, sino que, por el contrario, sirvió para que el margen de apreciación se abriera sitio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que contaba con circunstancias análogas, aunque no idénticas a su sitio de origen.²³ De allí, como elemento objeto de trasplante jurídico,²⁴ su estudio debe desarrollarse, especialmente, como un fenómeno contextual, y para eso se acudirá a la metodología que será presentada.

III. RECOLECCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MARGEN

Si se entiende, como se ha presentado, el margen de apreciación como una “doctrina transregional del derecho de los derechos humanos, en la medida

(1998), *Rees vs. Reino Unido* (1986); en relación con la libertad de expresión el caso *Handyside vs. Reino Unido* (1976), *Sunday Times vs. Reino Unido* (1979); en materia de recursos efectivos, *Vilvarajah vs. Reino Unido* (1991), *Chahal vs. Reino Unido* (1996); frente a la prohibición de discriminación *Frette vs. Francia* (2002), *Pretty vs. Reino Unido* (2002), *D. H. y otros vs. República Checa* (2006), *Evans vs. Reino Unido* (2007), *Thlimmenos vs. Grecia* (2000).

²² Cfr. García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.

²³ Cfr. Sánchez Molina, Pablo, “Margen de apreciación nacional...”, *cit.*, p. 227. “Con razón se pregunta si, frente a estas circunstancias, sería razonable «importar» una noción que sigue siendo ambigua, difícil de aplicar en la práctica, y «muy alejada del contexto sociológico interamericano». Clérico, Laura, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes”, *Derechos en Acción*, año, 3, vol. 7, núm. 7, otoño de 2018, p. 312. En sentido similar: Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, *Centro de Estudios Constitucionales*, año IV, núm. 6, enero-junio de 2018, pp. 121-157.

²⁴ Entre otros, ver, por ejemplo: Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1993; Backenköhler Casajús, Christian J., “Trasplante jurídico=Legal Trasplant”, *Eunomia*, núm. 17, octubre de 2019-marzo de 2020, pp. 262-275; Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2009; Rodríguez Villabona, Andrés Abel, “La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el derecho”, *IUSTA*, núm. 31, julio-diciembre de 2009, pp. 99-122.

en que su origen está en el derecho europeo y su sitio de recepción es el SIDH”.²⁵ La identificación del empleo de dicha categoría puede implicar, por un lado, el uso literal de la expresión y, por el otro, su reconocimiento, más allá del término, por la finalidad o propósito de la noción. De tal modo, se construye una metodología de recolección de información jurisprudencial designada como método de *sinonimia analógica* o *correlacional*.²⁶

La construcción de este método siguió, como paso inicial, un abordaje doctrinal y jurisprudencial con el fin de detectar vocablos o locuciones que pudieran hacer alusión mediata a la categoría “margen de apreciación” en el contexto europeo. Gracias a dicha valoración se produjo un listado de voces que sustentarían cierta similitud o podían llevar a establecer el uso de la categoría objeto de estudio, así:

TABLA 1. VOCABLOS CORRELACIONADOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LA CATEGORÍA “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

<i>Margen de apreciación nacional</i>		
<i>Sistema Europeo</i>	<i>Sistema Interamericano</i>	
Margen/margin deferencia/deference	Margen	Subsidiariedad
	Deferencia	Reserva
	Límite	Soberanía
	Discrecionalidad	Sesgo
	Potestad	Capacidad de apreciación
	Consenso	

Bajo aspectos de identidad o equivalencia, dichas expresiones sirvieron para examinar las sentencias del TEDH, la CoIDH y la CIDH, y, en uso de ellas, establecer alusiones directas o indirectas a la categoría. Si bien en

²⁵ Cárdenas-Contreras, Luz Eliyer, *La evolución del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como doctrina transregional*, tesis de maestría en Derecho de Estado con énfasis en derecho público, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

²⁶ Dicho procedimiento se sustenta en el método censitario, expuesto, por ejemplo, en Fuentes-Contreras, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre de 2014, pp. 41-64.

la revisión se detectaron un total de 28 sentencias del TEDH, se optó, en concordancia con el objetivo del artículo, dar prevalencia al tratamiento dado por los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para tal fin, se organizaron las decisiones contenidas en las plataformas oficiales de la Corte y de la Comisión²⁷ entre 1988 y 1981, respetivamente, y hasta 2020, además de que se realizó la exploración de las mismas a través de los vocablos propuestos. Como resultado del rastreo se registraron 18 temáticas:

TABLA 2. IDENTIFICACIÓN TEMÁTICA PARA EFECTO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

<i>Temáticas</i>		
<i>CIDH</i>	<i>Ambos órganos</i>	<i>CoIDH</i>
1) Colegiatura profesional obligatoria 2) Declaratorias de estado de emergencia 3) Derecho a la nacionalidad 4) Inmigración irregular 5) Derechos reproductivos 6) Servicio militar obligatorio 7) Juicios políticos 8) Reserva procesal como garantía	1) Protección de la vida desde la concepción 2) Derechos políticos 3) Detenciones arbitrarias 4) Pena de muerte 5) Ejercicio de la libertad de expresión y pensamiento	1) Reserva procesal como garantía 2) Derechos económicos, sociales y culturales 3) Idoneidad y eficacia de los recursos judiciales 4) Propiedad colectiva de las comunidades indígenas 5) Amnistías e indultos

No obstante, debe aclararse que la identificación temática realizada no implica *per se* que se reconozca el uso pleno del margen de apreciación esta-

²⁷ En el caso de la Corte se ingresó al acápite de jurisprudencia-casos contenciosos (http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es), mientras para la Comisión se ingresa mediante el espacio casos-informes y, finalmente, informes de fondo (<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>). La fecha de búsqueda fue el 3 de junio de 2020.

tal. Tal como será expuesto a continuación, se detectaron las categorías de deferencia amplia, moderada, leve y nula, según el asunto.

IV. DESARROLLO INTERAMERICANO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

Una primera aparición del concepto de *margen de apreciación* se dio en el caso conocido por la Comisión como *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981), el cual recurrió a la idea de *consenso* para discutir la vulneración del derecho a la vida que yace en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) y en el artículo 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Tras recurrir a elementos históricos y al proyecto de la CADH, la Comisión concluyó que ante la ausencia de un consenso fue que se incluyó la expresión “en general” en el artículo 4.1 de la CADH, lo que cuenta con implicaciones normativas. En consecuencia, consideró que la decisión tomada por la jurisdicción de Estados Unidos no era contraria al *corpus iuris* interamericano y, por demás, reconoce el margen de apreciación del Estado para definir las situaciones excepcionales que impiden la *protección desde el momento de la concepción*.

Con relación a este mismo derecho, la CoIDH usó término análogo al margen de apreciación para tratar la *pena de muerte* en el caso *DaCosta Dogon vs. Barbados* (2009). En su análisis, la Corte manifestó que, desde la CADH, no existe una prohibición expresa y total de dicha pena, sino que deja, con cierta discrecionalidad, la decisión a los Estados, siempre que se respeten las restricciones del artículo 4o. convencional, tal como ya se había sostenido en la Opinión Consultiva 03/83. Sin embargo, la Corte agregó en el caso contra Barbados (2009) que dichas restricciones deben ser interpretadas, además, bajo el principio pro persona, pues “dichas disposiciones imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance de la pena de muerte, de muerte que se vaya reduciendo hasta la supresión final” (párr. 49). Interpretación que provocaría que el margen de apreciación en la materia, incluso frente a regulaciones preconvencionales, sea moderado pero gradual hasta su desaparición.

En 2017 el tema fue retomado, sólo que ahora por parte de la CIDH, que declara que la *pena de muerte* no es violatoria *per se* a la Declaración Americana.²⁸ Por tanto, llevó su estudio del *caso Víctor Saldaño vs. Estados Unidos* al “estándar de apreciación de las alegadas violaciones de derechos humanos en el marco de un proceso que culmina con pena de muerte” (párr. 173). En esa oportunidad la Comisión dijo que, puesto que Estados Unidos no ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana y tampoco a la Convención, se debían interpretar normas disímiles a los casos conocidos por la Corte. De cualquier manera, la CIDH advirtió la importancia de que las normas, procedimientos y prácticas relacionados con la pena de muerte sean acordes a las disposiciones de la Declaración Americana; por ejemplo, las que se incluyen en los artículos I, II, XVIII, XV y XXVI. Por consiguiente, destacando la rigurosidad de las garantías judiciales.

Dicha doctrina coincide con la afirmada, referente a las *detenciones arbitrarias*. Precisamente, la CIDH, en 2016, asumió el *caso Manickavasagam Suresh vs. Canadá*, de un refugiado detenido por haber sido un miembro de Liberation Tamil Tigers Eelam y acusado de cometer actos terroristas en su país de origen. Al final la Comisión halló responsable a Canadá por vulneraciones a las garantías judiciales, en especial por el arresto arbitrario y la negación de medios adecuados y oportunos para impugnar la legalidad de la detención, incluido el derecho de *habeas corpus* y la igualdad ante la ley (párr. 5). Puntualmente, se dispuso “que los fundamentos y procedimientos conforme a los cuales se puede privar de la libertad a no ciudadanos deben definir con suficiente detalle el fundamento de esa acción, que las autoridades deben disponer de un margen muy reducido y limitado de discrecionalidad” (párr. 72), dando cierre a espacios de aplicación que se compaginaron con aquello que la Corte expresó; por ejemplo, en el *caso Chaparro y Lapo vs. Ecuador* (2007), donde, sobre la libertad personal, la CoIDH indicó:

Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se

²⁸ Cfr. *caso Peter Cash vs. Commonwealth de las Bahamas*, Informe de Fondo No. 12/14; *caso Edgar Tamayo Arias*, Informe de Fondo No. 44/14.

explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción (párr. 53).

De esta suerte, las restricciones a este derecho no sólo son excepcionales, sino consentidas al estar en el instrumento; de manera que la discrecionalidad se sujeta a la legalidad y proporcionalidad de la decisión.

Por otra parte, frente a las *garantías judiciales* estará la sentencia del *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), donde se discutió, para el tema objeto de estudio, el artículo 8.2.h de la CADH. Al resolver la controversia, la Corte afirma:

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (párr. 161).

En consecuencia, a pesar de que la CoIDH hace un reconocimiento del margen de apreciación a favor de los Estados, éste queda condicionado, en principio, a que no se puede impedir la interposición del recurso contra las decisiones judiciales, lo cual involucra un margen moderado siempre que éste, el recurso, sea eficaz.

En tanto, la *protección judicial* fue estimada en el *caso Cantos vs. Argentina* (2002), donde el Estado denegó el acceso a la justicia y no reparó de manera efectiva los perjuicios de la víctima. Por eso, la Corte instituye que las restricciones a los derechos no pueden implicar la negación del derecho mismo, y que si bien los Estados, en el marco de su discrecionalidad, pueden establecer reglas para el acceso a la justicia, éstas no deben anularlo.

En esa misma dirección se encuentra la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), donde se valoró la responsabilidad internacional por falta de investigación, sanción y falta de reparación, pues en virtud de una ley de amnistía se impedía juzgar a los posibles responsables. Esto llevó a que la Corte aclarara la inexistencia de un margen de apreciación para las amnistías de crímenes de lesa humanidad, puesto que “según el *corpus iuris* del

derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda” (párr. 105). Configurando así el estatus nulo del margen de discrecionalidad en materia de amnistías relacionadas con crímenes de lesa humanidad, como también quedó reconocido, verbigracia, en el *caso la Cantuta vs. Perú* (2006), cuando se afirma que los crímenes contra la humanidad “no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (*supra* párr. 152)” (párr. 225).

Para el 2015, en el Informe de Fondo No. 43/15, la CIDH se pronunció sobre el *caso de Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin contra Argentina*, que se fundó en el hecho de que las peticionarias fueron destituidas como juezas por un jurado de enjuiciamiento que no cumplía con los requisitos de imparcialidad e independencia, siendo un juicio político y no penal.

Así, la CIDH estudió dos aspectos principales: por un lado, la posible violación de derecho por la decisión que tomó el jurado, y, por el otro, el derecho de libre expresión y pensamiento. Frente al primer asunto, la CIDH sostuvo que los estándares internacionales son claros en cuanto a que “la función jurisdiccional debe llevarse a cabo libre de presiones externas y, por lo tanto, no puede ser objeto de un control político, basado en el criterio de discrecionalidad política, sino jurídico o sancionatorio en caso de comisión de faltas disciplinarias graves o incompetencia” (párr. 198).²⁹ De suerte que se restringe el margen de apreciación de los Estados en este tópico, teniendo en cuenta, igualmente, que “Los juicios políticos en los que se discute la remoción de miembros del Poder Judicial no son contrarios a la Convención *per se*, siempre y cuando en el marco de aquellos, se cumplan las garantías del artículo 8o. y existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia”, como expuso la CoIDH en el *caso Rico vs. Argentina* (2019). Ahora, en relación con el derecho de libre expresión y pensamiento de las juezas, la Comisión empleó distintos fallos de la Corte³⁰ para apuntar que existe un margen, sólo que reducido.³¹

²⁹ La CIDH llega a tal conclusión tras analizar los estándares fijados por la CoIDH en casos como *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001) o *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* (2008).

³⁰ Por ejemplo, a *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006), *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004) y *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), entre otros.

³¹ Con todo, también se señaló que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y es susceptible de límites cuando se trata de servidores públicos. Estas limitaciones se encuen-

En ese marco también se hicieron relevantes las determinaciones ofrecidas en el *caso Perozo y otros vs. Venezuela* (2009), en el que se discute la responsabilidad del Estado por acciones y omisiones frente al hostigamiento y agresiones físicas y verbales que tuvieron que ver con la obstaculización de labores periodísticas. Entonces, la Corte estudió la *libertad de pensamiento y de expresión* para reiterar que existen criterios legítimos para la restricción del derecho por parte del Estado:

A fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, las restricciones en esta materia deben hallarse previamente establecidas en leyes subordinadas al interés general, y aplicarse con el propósito para el cual han sido establecidas [...] Corresponde al Estado demostrar que ha cumplido con los anteriores requisitos al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control (párr. 375).

Con anterioridad, en 2008, la Corte ya había indicado, en *Kimel vs. Argentina*, directamente con la libertad de información, que, si bien la CADH prohíbe la censura previa, contempla la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores con un “carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” (párr. 54).

Posteriormente, la Corte aplicó estos parámetros en el *caso Mémoli vs. Argentina* (2013), donde se concluyó que las condenas impuestas por el Estado no configuraron una violación a la libertad de expresión, sino que estaban dentro de los parámetros de la Convención. Debido a ello, se reconoce un margen de apreciación moderado frente a la libertad de pensamiento y expresión, no obstante, siendo nulo en relación con las censuras previas, como había quedado en el *caso Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), donde, al mismo tiempo, la Corte hizo observaciones sobre la discrecionalidad de los Estados a la hora de restringir el derecho de la libertad de expresión en la justicia penal militar. En ella, el Estado debe garantizar el debido proceso y la protección judicial, con lo cual la discrecionalidad en materia de la *jurisdicción penal militar* es reducida.

tran sometidas a los siguientes requisitos: a) sean definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; b) sean orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la CADH, y c) sean necesarias en una sociedad democrática, idóneas para lograr el objetivo que pretende lograr y estrictamente proporcionales a la finalidad perseguida (párr. 236).

En la valoración del *caso Efraín Ríos Montt* (1993), la CIDH hará mención a la discrecionalidad de los Estados en razón a los *derechos políticos*, diciendo que en ellos “puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional” (párr. 24) y agregando que éste, el margen, “debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el periodo histórico. Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos” (párr. 31). Para sostener ello, la CIDH reflexiona la idiosincrasia guatemalteca, la de los países centroamericanos y el Tratado General de Paz y Amistad (1923), donde se comprometen a no permitir la dirección a un jefe, autoridad o familiar de los responsables de un golpe de Estado y pactan el principio de no reelección (párrs. 26 y 27). Esto con el fin, entonces, de estimar el consenso y la historia como elementos esenciales para abstenerse de conocer la denuncia elevada.

Reflexión equivalente quedó en el *caso Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos* (2003), en el que se estimó “el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno” (párr. 101), salvo que se afecte la esencia y la eficacia del derecho de participar en el gobierno. Empero, en esta oportunidad halló injustificada la limitación y fijó que la restricción a los derechos políticos debe ser “razonable, objetiva y proporcionada, teniendo debidamente en cuenta el contexto de su sistema político” (párr. 110).

Por su parte, la CoIDH, en el *caso Castañeda Gutman vs. México* (2008), reconoció, partiendo del artículo 23 convencional, que son los Estados quienes deben estructurar su modelo electoral y que no le compete a ella tachar de inviable uno u otro modelo, pues dicha atribución es de la ciudadanía en los ejercicios de deliberación propios de las sociedades democráticas. De este modo, la Corte consideró que “el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido” (párr. 162). A diferencia de otros temas, los derechos consagrados en el artículo 23.1 de la CADH no asignan restricción alguna al sistema electoral de los Estados, sino que su diseño queda atado a las decisiones discrecionales que se adopten en el derecho interno. Ciertamente,

La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (párr. 166).

Por tal motivo, se advierte un margen de apreciación de alto grado frente a la *sistema electoral*, pero moderado frente a las limitaciones de los derechos políticos, que deben responder a ámbitos legales, legítimos, necesarios, proporcionales y que no promuevan la discriminación.³²

Dicho margen se aplica, igualmente, en el tópico del *derecho a la nacionalidad*, tal como se estudió en 2001 por la Comisión en el caso *Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua*, cuando se recalcó que “cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad” (párr. 49); ello contempla la existencia de un margen amplio.

En ese mismo año se introdujo el margen de apreciación frente a los temas de *inmigración* en el Informe No. 51/01. Pese a que el Estado denunciado desplegó argumentos para sustentar su alto grado de discrecionalidad, citando incluso el caso *North Sea Continental Shelf* de 1969 de la Corte Internacional de Justicia, entre otros, la Comisión “acepta que los Estados históricamente han dispuesto de una discreción considerable en el derecho internacional para controlar el ingreso de extranjeros a su territorio. Pero esto no significa que la discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos” (párr. 177). Así pues, la CIDH llega a la determinación de que, si bien el margen de apreciación existe sobre el tema de inmigración, éste no tiene un carácter absoluto.

La dirección se mantuvo en el caso de 2016, *Trabajadores Indocumentados vs. Estados Unidos*. En el caso referenciado se reiteró que el margen de los Estados no puede llevar a avalar condiciones o medidas de discriminación:

En otras palabras, el Estado y los particulares, como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación laboral con migrantes en situación irregular. Sin embargo, cuando se entabla una relación laboral, la Comisión considera que

³² En igual sentido, tratándose de restricciones como las multas y la inhabilitación al sufragio pasivo, se puede acudir al caso *Leopoldo López Medina vs. Venezuela* (2011).

las protecciones conferidas por ley a los trabajadores, con la gama completa de derechos y obligaciones abarcados, deben aplicarse a todos los trabajadores sin discriminación, sean documentados o indocumentados (párr. 76).

De tal modo, se vinculan estas afirmaciones con el tratamiento ofrecido a la *prohibición de discriminación*, que fue objeto en el *caso Duque vs. Colombia* (2016) ante la Corte, y en el que se analizó la negativa de otorgar una pensión de sobreviviente, al no contar la calidad de beneficiario conforme con la ley. Con todo, el Estado mostró que la jurisprudencia interna, desde 2007, ya favorecía la petición efectuada, con lo cual se encontraba en trámite. No obstante, la Corte expresó que la jurisprudencia constitucional citada no era prueba suficiente para desvirtuar la ausencia de responsabilidad y declaró responsable al Estado por violación del artículo 24 convencional, sustentado en la ineficacia del sistema pensional.

Empero, en dicha decisión se hace relevante el voto parcialmente disidente de Eduardo Vio Grossi, quien fija su inconformidad respecto de la declaración de la violación del artículo 24 de la CADH, en la medida en que la obligación discutida, el otorgamiento de la pensión, no yace en el marco del derecho internacional al momento que fue discutida internamente y, asimismo, enfatiza que el Estado debe tener un margen de apreciación sobre el asunto.

Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquel. De allí se desprende, entonces, que el derecho internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del derecho nacional o interno [...] Lo que se sostiene es que, para que sean materia de derecho internacional, deben ser contemplados por alguna fuente de derecho internacional, esto es, un tratado, la costumbre o los principios generales de derecho aplicables a los Estados Partes de la Convención y, eventualmente, respecto del Estado de que se trate, por un acto jurídico unilateral del mismo, todo lo cual no acontece en el caso de autos en lo referente al periodo 2002 a 2007 y/o 2009.

La decisión precedente llevó a que Colombia, en el Informe de Fondo No. 122/18, aceptara que había incurrido en discriminación a las mujeres

privadas de la libertad al prohibirles las visitas íntimas a sus parejas del mismo sexo, y adopta una serie de medidas y recomendaciones solicitadas por la CIDH para adecuar la restricción que era de 1994 y que no tenía sostén a la fecha para conservarla.

Por otro lado, para el *servicio militar obligatorio* y libertad de conciencia, en el caso *Cristián Daniel Sahli y otros vs. Chile* (2005) se acotó que en la experiencia interamericana no había antecedentes sobre el tema de objeción de conciencia y que el derecho no se hallaba consagrado explícitamente en la CADH; sólo se vincula con aquellas personas que pueden ser consideradas como “objectoras”, según el artículo 6.3.b de la CADH. Por este motivo, la CIDH se remite a normativa de otros sistemas internacionales de protección, y basado en ello, “La Comisión opina que el servicio militar obligatorio no está prohibido por la Convención y que el artículo 6 (3)(b) prevé específicamente el servicio militar en los países que no reconocen a los objetores de conciencia. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado chileno no violó el artículo 11 en perjuicio de los peticionarios en este caso” (párr. 105). Concluyendo que el establecimiento del servicio militar obligatorio, como el derecho a la objeción de conciencia, queda sometido a una discrecionalidad de los Estados, sin que por ello se puedan desconocer los límites del derecho internacional humanitario, para el caso de conflictos, y la existencia, en caso que suceda, de la objeción de conciencia en los ordenamientos internos.

De igual manera, desde 1988 se ha reconocido la posibilidad de establecer la *colegiatura profesional obligatoria*. Esto en los informes 9777 y 9718 contra Argentina, en donde la Comisión avaló la discrecionalidad de los Estados para fijar el requisito de la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión jurídica. Ello empleando la Opinión Consultiva No. 5 de 1985 y afirmando que no toda ley de colegiación es de por sí violatoria de la CADH.

Esta discrecionalidad, de cierta manera, se reproduce en la viabilidad de *declarar estado de emergencia* y las acciones para atenderlo, cuando, en el 2000, la CIDH, en el caso *Walter Humberto Vásquez vs. Perú*, dijo que “Aunque en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el «margen de apreciación» para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado”.

Los límites a ese margen están contemplados en el artículo 27 de la CADH y fueron desarrollados en la Opinión Consultiva No. 8 de 1987: “En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, la circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración” (párr. 55). En esta medida se puede afirmar que la Comisión se inclinó por un margen de apreciación moderado para las situaciones de emergencia.

Esta restricción moderada también fue admitida para las *reservas procesales* internas, y así lo dispuso la Comisión en el Informe No. 96/19, cuando aseveró que es permitido efectuar reservas de información respecto a personas ajenas al proceso, “pues la divulgación de ciertos contenidos en una etapa preliminar de las investigaciones podría obstruirlas o causar perjuicios a las personas”. No obstante, dicha reserva “no puede redundar en perjuicio de las víctimas”.

Frente a la *protección de la intimidad*, en el caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012) se destaca, para el tema, el voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez, quien estimó que no hay un consenso interamericano respecto a la familia, así:

Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes (ver *supra*, párr. 9). Tal es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia) [...] No puede decirse que ocurra lo mismo en relación con la evolución de la noción de familia y su calidad de base o elemento esencial o natural de la sociedad, que sigue estando presente incluso en las Constituciones de numerosos Estados partes (*supra*, párr. 19).

Conforme a lo anterior, el juez vio como “necesario reconocer un margen de apreciación nacional”, por lo menos en lo que respecta a la noción de familia.

Esta interpretación puede verse como discrepante, también, a lo apuntado por la Comisión y la Corte sobre los *derechos reproductivos*: en 2004,

caso *Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, la CIDH terminó hablando de un carácter restrictivo del margen de apreciación, y, en 2012, la CoIDH, en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, de cierta forma lo confirma. Efectivamente, en ambos casos se estudió la prohibición del procedimiento de fecundación *in vitro* tras una decisión de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Aquí el término *margen de apreciación* se emplea de manera expresa, por un lado, traída por la representación de víctimas y, por el otro, por el Estado en sus alegatos.

Empero, dicha categoría no fue ajena a la Corte que usó resoluciones del sistema europeo en relación con el margen de apreciación y el derecho a la vida.³³ Con sustento en ello, la Corte concluyó que, a pesar de que no hay un vínculo entre embrión y persona según los instrumentos internacionales, bajo una interpretación evolutiva “el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos” (párr. 257), con lo cual, según la Corte, “la protección del derecho a la vida [...] es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (párr. 264). Por esta razón la CoIDH identificó un grado de deferencia que eximió de responsabilidad al Estado por el artículo 4.1 de la CADH, sólo que condenó por los otros derechos invocados.

No obstante, posiblemente el tratamiento más amplio que fue detectado, en cuanto a número de menciones, tiene vínculo con el artículo 21 de la CADH; es decir, con el *derecho de propiedad*, pero con nexo a los pueblos ancestrales. Entre los casos hallados estuvieron: *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020), *Saramaka vs. Surinam* (2007), *Yanke Axa vs. Paraguay* (2006), *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (2005), *Comunidad Myagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) y *Yatama vs. Nicaragua* (2005). En donde se erigió que estos pueblos cuentan con “el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos”.³⁴ De tal suerte que la regulación del

³³ Entre los casos citados del sistema europeo están: *Paton vs. Reino Unido* (1980), *Vo. vs. Francia* (2004), *A, B y C vs. Irlanda* (2010), *Evans vs. Reino Unido* (2007), *S. H. vs. Austria* (2010) y *Costa y Pavan vs. Italia* (2010).

³⁴ Como se manifestó, por ejemplo, en los casos *Yanke Axa vs. Paraguay* (párr. 121) y *Saramaka vs. Surinam* (párr. 85).

territorio ancestral por parte de los Estados tiene un restringido margen de apreciación:

La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.³⁵

Justamente, en un caso de pueblos ancestrales se dio paso, también, a razonar sobre el margen de apreciación frente a los *derechos económicos, sociales y culturales*, sólo que en votos disidentes. Por ejemplo, en el caso *Nuestra Tierra vs. Argentina* (2020) surgirán dos votos parcialmente disidentes sobre la temática, los de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto³⁶ y Eduardo Vio Grossi³⁷ —éste último, en diversos temas, cita explícitamente la locución y el artículo del sistema europeo sobre el margen—. ³⁸ Las posiciones de ambos sobre el derecho a la seguridad social ya habían sido expuestas en el caso *Muelles Flores vs. Perú* (2019), lo que configura, en el fondo, una crítica clara y no casual a la posición mayoritaria de la Corte de extender su

³⁵ Cfr. *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (párrs. 144, 145, 146, 148 y 151), *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (párr. 127) y *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (nota al pie 102).

³⁶ “Los DESCA por naturaleza son derechos que dependen en su satisfacción de la existencia de condiciones materiales. Igualmente, no se trata de derechos «homogéneos», ya que tienen un alcance diverso según las capacidades económicas y las características propias del Estado y su aparato burocrático. En esta medida no existiría un estándar uniforme de cumplimiento de estas obligaciones, sino que su contenido podría depender de las acciones determinadas que cada Estado esté en posibilidades de realizar”. Voto parcialmente disidente Humberto Antonio Sierra Porto, *caso Nuestra Tierra vs. Argentina*.

³⁷ “La existencia de tales derechos no es objeto del presente escrito. Lo que, en cambio, se sostiene aquí es únicamente que la Corte, contrariamente a lo indicado en la Sentencia, carece de competencia para conocer, al amparo de lo previsto en el artículo 26 de la Convención, de las violaciones de aquellos, esto es, que las presuntas vulneraciones de esos derechos no son susceptibles de ser justiciables ante ella”. Voto parcialmente disidente Eduardo Vio Grossi, *caso Nuestra Tierra vs. Argentina*.

³⁸ Efectuada en los votos disidentes para los casos *López y otros vs. Argentina* (2019), *Hernández vs. Argentina* (2019), *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú* (2019), *Díaz Loreto y otros vs. Venezuela* (2019) y en el voto concurrente del caso *Gómez Virula y otros vs. Guatemala*.

competencia contenciosa a disposiciones que no están claramente sujetas a dicha capacidad. Así, una interpretación conjunta puede llevar a observar que la Corte reconoce la justiciabilidad de estos derechos, pero su forma de implementación y regulación cuentan con un margen amplio de apreciación por parte de los Estados.

Esta materia sería la última detectada de acuerdo a la metodología propuesta, y daría una presentación sucinta de las variaciones y los tópicos en el sistema americano sobre el margen de apreciación; llevando a que no subsista una homogeneidad del concepto ni de la doctrina en sí, y, por consiguiente, que se requieran ciertas observaciones aclaratorias.

V. OBSERVACIONES FRENTE A LOS PARÁMETROS DE APLICABILIDAD DEL MARGEN

Un elemento primordial de la concepción del margen de apreciación en el contexto interamericano es el presupuesto, que, al igual que en la esfera europea, no tiene una noción única y extendida. Por el contrario, ésta suele ser dependiente de la construcción jurisprudencial y sólo, de modo posterior, objeto de los modelos aportados por la doctrina. Inclusive la doctrina suele oscilar entre posiciones extremas: sea la de una negativa plena en su aplicación, por suponer una eliminación de la fuerza vinculante del derecho internacional y de las garantías ya reconocidas a las personas, o sea en contraposición, la de una validación íntegra que recopila la percepción de una soberanía absoluta como un elemento esencial de la construcción de los Estados.

Con todo, lo cierto es que el margen de apreciación no puede ser distante del todo al significado de la soberanía. Más allá de las diversas postulaciones que se han surtido sobre ella,³⁹ “Si queremos evitar la confusión deberemos restringir el uso de «soberanía» a lo que propiamente se refiere:

³⁹ Véanse, entre otros: Hillgruber, Christian, “Soberanía. La defensa de un concepto jurídico”, *InDret*, núm. 1, enero-marzo de 2009, pp. 1-20; Marshall Barberán, Pablo, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho*, vol. 35, núm. 2, julio-diciembre de 2010, pp. 245-286; Balbontin Gallo, Cristóbal, “Volver a los orígenes: la soberanía, un concepto fundamental para comprender el derecho público”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018, pp. 825-834.

potencia absoluta y perpetua bodiniana y hobbesiana; poder absoluto, ilimitado, indivisible, inapelable, incontrolable, independiente *ad extra* y supremo *ad intra*”,⁴⁰ lo que lleva a diferenciar la soberanía como atributo, y el concepto arraigado de *soberano*, como titular. Justamente en ellos “el ejercicio de poder va unido al territorialismo y a la existencia de un espacio delimitado por fronteras sobre el que se puede ejercer un control efectivo”,⁴¹ permitiendo que se hable de las manifestaciones de una soberanía interna y externa en relación con el territorio.⁴² De estos ejercicios se aduce, por ejemplo, las nociones a nivel interno de Poder Constituyente y la propia libertad configurativa del legislador,⁴³ y a nivel internacional, la autodeterminación, el reconocimiento de los Estados como sujetos predominantes del derecho internacional público y su capacidad de obligarse *ex consensu advenit vinculum*.

Ahora, tanto la aplicación como las consecuencias son totalmente disímiles: tal como no pueden compararse estrictamente la Constitución o ley con los tratados internacionales, no es equivalente el ejercicio de la soberanía a nivel interno que a nivel internacional. Ciertamente, si se asume que el ejercicio de la soberanía puede estar regulada de formas distintas, se debe entender que el sentido interno de ésta se basa en una visión estatal con preponderancia a la centralización —incluso sin importar si se está frente a Estados unitarios o compuestos— que se facilita por la identificación notoria de funciones, órganos y normativas, mientras que, a nivel internacional, el Estado no es Estado, estrictamente, sino un sujeto que interviene en igualdad con otros de la misma índole y que será regulado por la manifestación de su voluntad explícita —por decisión o repetición— en una perspectiva pactista. Adicionalmente, en lo internacional yacen un pluralismo y una coexistencia tanto normativas como competenciales ante la ausencia de una

⁴⁰ Pereira Menaut, Antonio Carlos, “Después de la soberanía”, *Revista de Derecho Político*, núm. 50, enero-abril de 2001, p. 62.

⁴¹ Cancela Outeda, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: “de Roma a Niza”*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 41.

⁴² *Cfr.* Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019, pp.13-42.

⁴³ *Cfr.* Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, *Legislación en sentido material*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2018.

centralización. Por ello se vuelve relevante el principio de subsidiariedad y complementariedad, con el fin de una armonización sistémica⁴⁴ en lugar de un principio de jerarquía, que suele ser la base de la comprensión estatal.

Como consecuencia, su funcionamiento no puede ser idéntico; ni en su teoría ni en su práctica. Esta última debido a que, además, no tendrá siempre el mismo sustento normativo.

En esas circunstancias, y pese a que las normativas como la Constitución y las leyes comparten con buena parte de los tratados internacionales los atributos de textura abierta y su pretensión de perdurabilidad, al igual que contenidos como los derechos humanos,⁴⁵ su racionalidad es distante y, en todo caso, dependiente de la consolidación de un acuerdo fundamental, no sólo en lo procedimental.⁴⁶ Bajo ese punto de vista, la coherencia del ejercicio de la soberanía, en lo interno e internacional, se deriva de una relación inversamente proporcional; es decir, que está circunscrita por el nivel de participación de aquellos sujetos que serán regulados, teniendo mayor legitimidad lo que es pactado que aquello que es otorgado o impuesto.

Así las cosas, examinar el concepto de *margen de apreciación nacional* deberá surgir, en primer momento, desde su análisis como ejercicio de la soberanía internacional, que manifiesta directamente el reconocimiento de la soberanía interna, la propia buena fe como principio del derecho internacional y del principio de subsidiaridad,⁴⁷ “en virtud del cual se presume que los Estados están en mejor posición para determinar la forma más adecuada de ajustarse a sus compromisos jurídicos internacionales”.⁴⁸

⁴⁴ Véase Contreras, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, año 20, núm. 2, julio-diciembre de 2014, pp. 235-274.

⁴⁵ Cfr. Mena Parras, Francisco Javier, “Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights”, *REEL*, núm. 29, julio-diciembre de 2015, pp. 1-18.

⁴⁶ Cfr. Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Doce tesis sobre la política*, México, UNAM, 2008.

⁴⁷ “El concepto de consenso contribuye a explicar el funcionamiento de la noción del margen de apreciación nacional, manifestándose como una herramienta al servicio del principio de subsidiariedad y basada en el carácter voluntarista relativista del DI público”. Pascual Vives, Francisco José, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, p. 262.

⁴⁸ Martínez Estay, José Ignacio, *op. cit.*, p. 379.

Con tal referencia, al introducir esta doctrina en el derecho interamericano se debe observar, inicialmente, que su cimiento normativo se encuentra en la CADH: desde el preámbulo,⁴⁹ pasando por los artículos 1.1, 2o. y 46.1.a que, tácitamente, incluyen la subsidiariedad y la complementariedad. Esto acreditaría su empleo, como se ha efectuado en la práctica de la Comisión y de la Corte, sólo que en su abordaje no se ha tomado en cuenta que la categoría es contendidora de varios sentidos que deberían ser precisados:

TABLA 3. SENTIDOS DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

<i>Margen de apreciación nacional</i>	
<i>Sentidos</i>	<i>Descripción</i>
Criterio	Desde el ámbito interpretativo, se encarga de restringir la interpretación judicial a nivel internacional, según la existencia o no de un consenso ⁵⁰ entre las partes y, adicionalmente, favorece la interpretación auténtica de los Estados, al encontrarse en mejor posición para evaluar la razonabilidad de una restricción de acuerdo al contexto.

⁴⁹ “PREÁMBULO. Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

⁵⁰ “La doctrina del margen de apreciación nacional se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional”. López Alfonsín, Marcelo Alberto, *op. cit.*, p. 69. “On the other hand the use of the doctrine will allow to be taken customs, traditions, and the state’s history, into account”. Butler, Petra, “Margin of Appreciation. A Note Towards a Solution for the Pacific?”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39, núm. 4, diciembre de 2008, p. 706.

<i>Margen de apreciación nacional</i>	
<i>Sentidos</i>	<i>Descripción</i>
Derecho	De titularidad de los Estados, como sujetos del derecho internacional, y que garantiza el respeto de su voluntad al momento de generar las obligaciones internacionales. Del mismo modo, es atribuible, como derecho, a los grupos sociales y étnicos y a la sociedad en sí misma, en su posibilidad del ejercicio democrático y autodeterminación.
Herramienta	De interacción, armonización y de encuentro entre el derecho nacional y el internacional, con el fin de articular competencias y piezas normativas de los diferentes ordenamientos ante la coexistencia de normas y competencias.
Competencia	De regulación o de creación normativa, en razón de que el Estado y sus órganos no son meros aplicadores de las normas internacionales y que tienen: <i>a)</i> su subsistencia, en la necesidad de determinación de las disposiciones con textura abierta o que incluyen conceptos abstractos, ⁵¹ sometiéndose, en primer momento, a la autorrestricción, y <i>b)</i> su límite, en la afectación del núcleo esencial del derecho humano regulado, ante el cual se acredita la intervención jurisdiccional internacional.

En esta perspectiva, ha de tenerse en cuenta que si bien la doctrina del margen de apreciación no ha sido consolidada con cierta rigurosidad conceptual en los sistemas regionales, no deja de ser un elemento que se adecuaría y articularía a un sistema normativo policéntrico y no organizado desde la mera jerarquía. Conjuntamente, el margen no puede ser visto como una forma de negar la posibilidad de herramientas interpretativas⁵² como aquella que aboga por una percepción evolutiva o dinámica, sino

⁵¹ En ese ámbito, resulta relevante la diferencia entre normas de aplicación y normas de definición, puesto que esta diferencia también genera qué tipo de margen puede ostentar el Estado. Kratochvil, Jan, *op. cit.*

⁵² *Cfr.* Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2014, pp. 105-161.

que su uso se basa en la diferencia entre interpretación y construcción,⁵³ al tiempo que coordina la función jurisdiccional internacional no asilada a un sistema complejo de interacción, pero que, de cualquier manera, pretende evitar un elitismo epistemológico de lo judicial⁵⁴ y el riesgo de extender las preferencias judiciales como verdades jurídicas absolutas, ajenas a la realidad social. En consecuencia, el correcto uso del margen de apreciación más que eximir a los Estados de la responsabilidad internacional, les permite, como sujeto del derecho internacional, una autonomía mediada para sortear las dificultades relacionadas con los derechos y obligaciones que no gozan de claridad normativa.

VI. CONCLUSIONES

Sin duda, el margen de apreciación nacional “is a complex, sophisticated and defensible intellectual instrument for international bodies supervising polycentric rights claims”,⁵⁵ que pese a tener una mejor recepción en la CIDH,⁵⁶ no puede ser tomada como ajena a la realidad interamericana y que requiere un tratamiento más allá de lo nominativo. Esto en razón de que incluso las afirmaciones de no existencia frente a ciertos tópicos que han sido sostenidas en las decisiones de la CIDH y la CoIDH terminan abriendo una puerta para que puedan ser aplicados en otros espacios de interpretación de la Convención, que, por demás, necesitan imperiosamente contar con esa posibilidad.

⁵³ Cfr. Laise, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción: una visión crítica del originalismo del significado público”, *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 3, diciembre de 2019, pp. 249-276.

⁵⁴ Cfr. López Hidalgo, Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Quito, UASB, 2018; Laise, Luciano D., “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, núm. 1, 2020, pp. 147-173.

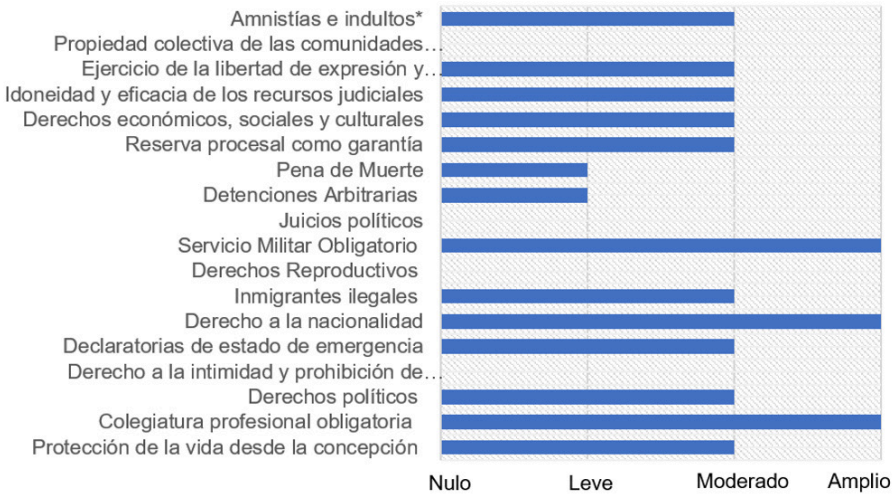
⁵⁵ McGoldrick, Dominic, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 1, enero-marzo de 2016, p. 58.

⁵⁶ Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Núñez Poblete, Manuel y Acosta Alvarado, Paola Andrea (coords.), *op. cit.*, p. 13.

De ahí que si se entiende el margen de apreciación nacional como objeto de un trasplante jurídico, éste no puede ser limitado al término, sino a la técnica de aplicación e interpretación, la cual puede equilibrarse en grados de ejercicio por parte de los Estados: teniendo en cuenta la naturaleza de las normas, el consenso nacional e internacional y su propia formulación, como, al parecer implícitamente, lo ha hecho el Sistema Interamericano.⁵⁷

En el fondo, un análisis correlacional como se efectuó asiente que tanto la Corte como la Comisión han tenido la oportunidad de materializar la doctrina del margen de apreciación en algunas temáticas y a conceder categorías de discreción:

TABLA 4. TEMÁTICAS QUE INCLUYEN ANÁLISIS DEL “MARGEN DE APECIACIÓN NACIONAL” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS



* Los Estados poseen nulo margen de apreciación respecto de amnistías e indultos por conductas de lesa humanidad.

Entendiéndose que dichas categorías de discreción interactúan con los niveles de control del siguiente modo:

⁵⁷ Cfr. Henrard, Kristin, “A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision”, *The Yearbook of Polar Law*, vol. IV, 2012, pp. 365-413.

TABLA 5. CATEGORÍAS DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”
 Y MODALIDADES DE CONTROL

Categorías de discreción	Nulo	No existe posibilidad de aplicación del margen de apreciación, al ser una norma imperativa internacional carente de ambigüedad y sometida a un consenso internacional.	Estricto	Modalidad de control
	Leve	Se enmarca en un ejercicio sometido a límites imperativos que protegen el derecho y cancelan la discrecionalidad injustificada.		
	Moderado	Se acciona de acuerdo a la normativa nacional, sin que ella pueda tocar o afectar el núcleo fundamental del derecho o que condicione el ejercicio de otros derechos en su núcleo esencial.	Condicionado	
	Amplio	Se materializa el margen al no existir determinación en la norma internacional que ha sido ratificada, o existiendo, ésta misma reconoce, directa o indirectamente, la necesidad del consenso nacional.	Restringido	

Este modelo de comprensión de la doctrina del margen de apreciación obliga, de hecho, a que la supervisión de las obligaciones internacionales suponga un elemento de autorrestricción del Estado, primariamente, y que ésta se consolide como un proceso de elaboración social, so pena de que se llegue a perder de vista que la perdurabilidad del sistema internacional no puede ser un ejercicio de imposición, sino el camino de un acuerdo en lo fundamental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?”, en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea

- (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.
- ANRÒ, Ilaria, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia, 2002.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian J., "Transplante jurídico=Legal Transplant", *Eunomía*, núm. 17, octubre de 2019-marzo de 2020.
- BALBONTIN GALLO, Cristóbal, "Volver a los orígenes: la soberanía, un concepto fundamental para comprender el derecho público", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, núm. 3, septiembre-diciembre de 2018.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", *Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, "El Consenso Y El Margen De Apreciación En La Protección De Los Derechos", *Ius Et Praxis*, vol. 15, núm. 1, enero-junio de 2009.
- BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre y otros, 2009.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2014.
- BUTLER, Petra, "Margin of Appreciation. A Note Towards a Solution for the Pacific?", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39, núm. 4, diciembre de 2008.

- CANCELA OUTEDA, Celso, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: “de Roma a Niza”*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
- CÁRDENAS-CONTRERAS, Luz Eliyer, *La evolución del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como doctrina trans-regional*, tesis de maestría en Derecho de Estado con énfasis en derecho público, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- CLÉRICO, Laura, “La enunciación del margen de apreciación: Fontevécchia 2017 desde los márgenes”, *Derechos en Acción*, año, 3, vol. 7, núm. 7, otoño de 2018.
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Límites al margen de apreciación desde la perspectiva de género en intersección con pobreza”, *Centro de Estudios Constitucionales*, año IV, núm. 6, enero-junio de 2018.
- CONTRERAS, Pablo, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, año 20, núm. 2, julio-diciembre de 2014.
- D’ALTERIO, Elisa, *La funzione di regolazione delle Corti Nello Spazio Amministrativo Globale*, Milano, Giuffrè, 2011.
- FERNÁNDEZ PARRA, Sergio Alejandro, “El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Eunomía*, núm. 17, octubre de 2019-marzo de 2020.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán *et al.*, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, vol. 14, núm. 27, julio-diciembre de 2014.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de derecho. Estudio preliminar sobre el modelo del Estado convencional de derecho en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2019.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Legislación en sentido material*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2018.
- FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de go-

- bierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto de 1962.
- GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, julio-diciembre de 2007.
- GREER, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2000.
- HENRARD, Kristin, “A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine of the ECtHR, with Special Attention to Rights of a Traditional Way of Life and a Healthy Environment: A Call for an Alternative Model of International Supervision”, *The Yearbook of Polar Law*, vol. IV, 2012.
- HILLGRUBER, Christian, “Soberanía. La defensa de un concepto jurídico”, *InDret*, núm. 1, enero-marzo de 2009.
- KRATOCHVÍL, Jan, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, núm. 3, septiembre-noviembre de 2011.
- LAISE, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción: una visión crítica del originalismo del significado público”, *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 3, diciembre de 2019.
- LAISE, Luciano D., “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, núm. 1, 2020.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, *Lex*, año XV, núm. 19, enero-junio de 2017.
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Quito, UASB, 2018.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes y otros, 2004.

LOVATÓN PALACIOS, David, “¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la noción de margen de apreciación nacional?”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 2, julio-diciembre de 2018.

MALDONADO SÁNCHEZ, Adán, *El bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

MAROCHINI, MAŠA, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *Bornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu*, vol. 51, núm. 1, enero-junio de 2014.

MARSHALL BARBERÁN, Pablo, “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho*, vol. 35, núm. 2, julio-diciembre de 2010.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 1, julio-diciembre de 2014.

MCGOLDRICK, Dominic, “A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 1, enero-marzo de 2016.

MENA PARRAS, Francisco Javier, “Democracy, Diversity and the Margin of Appreciation: A Theoretical Analysis from the Perspective of the International and Constitutional Functions of the European Court of Human Rights”, *REEI*, núm. 29, julio-diciembre de 2015.

NASH ROJAS, Claudio, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ACDI*, vol. 11, 2008.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, 2012.

PASCUAL VIVES, Francisco José, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013.

- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, “Después de la soberanía”, *Revista de Derecho Político*, núm. 50, enero-abril de 2001.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Doce tesis sobre la política*, México, UNAM, 2008.
- RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, “La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el derecho”, *IUSTA*, núm. 31, julio-diciembre de 2009.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo, “El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 1, enero-junio de 2014.
- SÁNCHEZ MOLINA, Pablo, “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”, *Eunomía*, núm. 9, octubre de 2015-marzo de 2016.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de derecho”, en ABERASTURI, Pedro (coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-Abeledo Perrot, 2009.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1993.

A definição de cursos d'água internacionais e o caso Silala

The Definition of International Watercourses and the Silala Case

La définition des cours d'eau internationaux et l'affaire Silala

Amael **Notini Moreira Bahia***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A definição dos cursos d'água internacionais*. III. *A origem do silala: contextualização histórica e científica*. IV. *Conclusão*. V. *Agradecimentos*. VI. *Bibliografia*.

* Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0020-2529>, e-mail: amaelnotini@hotmail.com.

Artículo recibido el 21 de febrero de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 233-267
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O presente trabalho visa compreender quais as eventuais consequências do enquadramento ou não do Silala, recurso hídrico compartilhado pelo Chile e pela Bolívia, na definição jurídica de curso d'água internacional. A principal hipótese proposta é de que a elemento do todo unitário do conceito de cursos d'água internacionais não obsta o enquadramento do Silala nessa categoria jurídica. Ainda assim, o elemento da desembocadura comum torna necessária a análise das características geográficas desse recurso hídrico transfronteiriço para que um parecer mais claro possa ser proferido, visto que se trata de um índice de razoabilidade apenas verificável perante uma situação concreta.

Palavras-chave: direito dos cursos d'água internacionais, Silala, bacia transfronteiriça.

ABSTRACT: This paper aims to understand the possible consequences of the classification or not of Silala, a water resource shared by Chile and Bolivia, in the legal definition of an international watercourse. The main hypothesis proposed is that the unitary whole element of the concept of international watercourses does not preclude Silala from fitting into this legal category. The element of the common terminus, on the other hand, makes necessary a factual analysis of the geographical characteristics of this transboundary water resource so that a clearer opinion can be given, since it is an index of reasonableness only verifiable in the face of a specific situation.

Key words: International Watercourses Law, Silala, Transboundary Basin.

RÉSUMÉ: Le présent travail vise à comprendre les conséquences possibles de l'encadrement ou non de la Silala, ressource en eau partagée par le Chili et la Bolivie, dans la définition juridique d'un cours d'eau international. La principale hypothèse proposée est que l'élément de l'ensemble unitaire du concept de cours d'eau internationaux n'entrave pas l'encadrement de la Silala dans cette catégorie juridique. L'élément d'écoulement commun, en revanche, rend nécessaire l'analyse des caractéristiques phatiques de cette ressource en eau transfrontalière afin de pouvoir se faire une opinion plus claire, car il s'agit d'un indice de raisonabilité qui ne peut être vérifié que dans une situation concrète.

Mots-clés: droit des cours d'eau internationaux, Silala, bassin transfrontalier.

I. INTRODUÇÃO

Dentre os significativos acontecimentos que ocorreram ao longo do século XX referentes ao desenvolvimento do direito dos cursos d'água internacionais, o ano de 1997 engloba três dos mais relevantes. O primeiro é a adoção da Convenção dos Usos Não-Navegáveis de Cursos d'Água Internacionais (UNWC), sendo esta uma das tentativas mais expressivas de codificação em matéria de recursos hídricos transfronteiriços no direito internacional e um dos marcos normativos que orientam desde então a redação de tratados sobre o tema.¹ O segundo é o proferimento da sentença pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Gabcikovo-Nagymaros (Hungria/Eslováquia)*, que não apenas destacou a adoção da UNWC, mas também, anunciou o caráter costumeiro do princípio do uso equitativo e racional dos cursos d'água internacionais.² O terceiro e último acontecimento é a revogação por parte do governo boliviano da concessão outorgada à *Ferrocarril de Anto-*

¹ A UNWC possui uma importância singular no âmbito do direito dos cursos d'água internacionais, e seus dispositivos serão amplamente abordados pelo presente trabalho com o fim de compreender as normas existentes no direito costumeiro internacional nessa matéria. É importante ressaltar, no entanto, que o Chile e a Bolívia não ratificaram essa convenção, de forma que as normas codificadas por ela apenas possuem relevância para o caso analisado na qualidade de normas costumeiras internacionais. United Nations, "UN Watercourses Convention", Estados Unidos da América, disponível em: <http://www.unwatercoursesconvention.org/the-convention/>; United Nations Treaty Collection, "Status of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses", Estados Unidos da América, disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en.

² Retomando a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional sobre o Rio Oder, a Corte Internacional de Justiça reafirmou o princípio do uso equitativo, inserindo-o no contexto do direito dos usos não navegáveis de cursos d'água internacionais: "[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others" (Permanent Court of International Justice, *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 27). Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly". International Court of Justice, "Case Concerning the Gabcikovo-

faqasta à Bolívia para a utilização do Silala, que representou o momento de ruptura entre o Chile e a Bolívia quanto a esse recurso hídrico transfronteiriço. O governo chileno postula que, a partir desse ato, o governo boliviano já indicava sua pretensão de declarar o Silala enquanto um recurso doméstico e de demandar ao Chile que pagasse por sua utilização.³ A ruptura que surgiu desse embate culminaria eventualmente na categorização do sistema hídrico do Silala enquanto a única bacia em alto risco na América do Sul e uma das mais vulneráveis do planeta.⁴

Após quase 20 anos, em 2016, surge o processo da *Disputa relativa ao Status e Uso das Águas do Silala*, no qual são colocados em discussão perante à CIJ a natureza e as limitações do conceito de cursos d'água internacionais, além da existência de um ordenamento jurídico aplicável aos recursos hídricos que se enquadram no escopo dessa definição. Em breve síntese, a controvérsia circunda a discussão acerca da origem física do Silala e as consequências que decorrem desse fato disputado, de forma que a Bolívia alega possuir soberania absoluta sobre esse recurso hídrico transfronteiriço, enquanto o Chile afirma que se trata de um recurso incluído no escopo das normas específicas aplicáveis a cursos d'água internacionais.⁵

Diferentemente do caso *Gabcikovo-Nagymaros* e de outros casos relativos à utilização de rios internacionais para fins distintos da navegação, tais como o *Pulp Mills*,⁶ o caso Silala não se baseia na violação das normas substanciais e procedimentais de um tratado relativo à gestão de um recurso hídrico, mas se desenvolve em torno da aplicabilidade de um conjunto

Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", Holanda, International Court of Justice, 1997, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>.

³ Fuentes, Ximena, "Solicitud de inicio de procedimiento de la República de Chile contra el Estado Plurinacional de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia por el aprovechamiento de las aguas del río Silala (6 de junio del 2016)", *Revista Tribuna Internacional*, Chile, vol. 5, núm. 9, 2016, p. 204.

⁴ United Nations Environmental Programme, *Hydropolitical Vulnerability and Resilience along International Waters*, Quênia, UNEP, 2007, pp. 64 e 65.

⁵ Lima, Lucas, "The Silala Waters Dispute before the ICJ and the Law on the use of International Rivers for Non-Navigational Purposes", *Questions of International Law*, Itália, vol. "Zoom-In" 39, 2017, pp. 1-3.

⁶ O caso *Pulp Mills (Argentina vs. Uruguai)* diz respeito à controvérsia relativa à instalação de uma fábrica de celulose no largo do rio Uruguai. O caso foi resolvido sob a égide do Estatuto do Rio Uruguai, que previa as normas procedimentais e substanciais aplicáveis a esse recurso hídrico transfronteiriço especificamente.

específico de normas internacionais, aquele aplicável aos cursos d'água internacionais.⁷

Isso acontece porque o Silala é um recurso hídrico compartilhado pelo Chile, à jusante, e pela Bolívia, à montante, cujo fluxo hídrico é influenciado por canais artificiais. Assim, as partes disputam, essencialmente, o nível de influência que essas estruturas artificiais exercem sobre o fluxo do sistema. Essa influência afeta diretamente o enquadramento do Silala no âmbito do direito internacional, de forma que o debate sobre a natureza e os elementos geográficos desse recurso são primordiais para a resolução da controvérsia.

Mesmo diante da disputa técnica acerca dos aspectos geográficos do Silala, é incontroverso que suas águas surgem à aproximadamente 4.500 metros acima do nível do mar, são formadas a partir de diversos canais e nascentes derivados de um aquífero que também é compartilhado pelos dois países, e confluem com as águas do Rio Helado para formar o Rio San Pedro de Incaliri, um tributário do Rio Loa.⁸ Apesar do fluxo tímido do Silala (aproximadamente 0.150 m³/s na região da fronteira), esse recurso possui uma importância singular, visto que está situado no Deserto do Atacama, onde a disponibilidade de recursos hídricos é extremamente escassa.⁹

Para compreender a situação particular que se apresenta no caso Silala, o trabalho adota um marco teórico-conceitual, que consiste na análise do conteúdo das normas jurídicas nacionais e internacionais em face dos aspectos históricos e geográficos que circundam o caso concreto. Essa construção é realizada a partir dos elementos gerais e limitações do conceito de cursos d'água internacionais na doutrina e jurisprudência internacional, para então observar as peculiaridades do caso Silala, na forma como se passa a expor.

De início, a seção II discute os limites da definição de cursos d'água internacionais, perpassando a análise dos seus elementos constitutivos e do seu processo de formação. Dessa forma, os elementos factuais do caso Silala serão discutidos à luz dos elementos normativos da definição de cursos d'água internacionais na tentativa de moldar algumas considerações preliminares sobre o enquadramento jurídico do recurso compartilhado em questão.

⁷ Lima, Lucas, *op. cit.*

⁸ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, "The Silala/Siloli Watershed: Dispute over the Most Vulnerable Basin in South America", *Water Resources Development*, Estados Unidos da América, vol. 27, núm. 3, 2011, pp. 595 e 596.

⁹ *Idem.*

Em segundo lugar, a seção III delinea o contexto no qual se desenvolve a controvérsia do Silala. Apesar da escassez de provas efetivas da situação de fato e da cadência de acontecimentos que culminaram no atual estado da controvérsia, o presente trabalho irá apresentar as versões das partes, considerando principalmente os pontos de convergência na argumentação dos litigantes. Assim, serão apresentados todos os elementos factuais levantados pelas partes, sem prejuízo à eventual reconstituição dos fatos a ser realizada pela CIJ.

Com base nessas perspectivas, o trabalho apresenta as potenciais contribuições que podem ser derivadas dos cenários fáticos apresentados pelas partes, bem como suas consequências para o Silala. Argumenta-se, então, que o direito internacional pode ser significativamente alterado pela sentença proferida no caso Silala.

II. A DEFINIÇÃO DOS CURSOS D'ÁGUA INTERNACIONAIS

A definição do termo *curso d'água internacional* ocupa lugar central da disputa acerca do Silala, visto que delimitará o regime jurídico aplicável a esse recurso. Tal conceito surgiu e foi desenvolvido no âmbito da Comissão de Direito Internacional (CDI), tendo sido moldado, primordialmente, por meio de estudos acerca dos tratados existentes sobre o tema e da opinião majoritária dos Estados.¹⁰ Entretanto, para que houvesse essa opinião majoritária, foi necessário realizar uma compatibilização entre as duas posições dominantes dos Estados à época acerca da abrangência geográfica do conceito.

Desse modo, observando os Estados que se pronunciaram perante a CDI sobre a abrangência geográfica dos trabalhos desenvolvidos, percebe-se um conflito entre os Estados que defendiam a adoção do conceito de “rio internacional”, mais restritivo, e aqueles que, por outro lado, eram favoráveis ao conceito de “bacia de drenagem”, mais abrangente. Criou-se, assim, um conceito que combina elementos das duas definições.¹¹

¹⁰ Arcari, Maurizio, “The Codification of the Law of International Watercourses: The Draft Articles Adopted by the International Law Commission”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Espanha, vol. 13, 1997, pp. 3-32.

¹¹ *Idem*.

É essencial compreender o contexto de criação desse novo conceito, bem como os conceitos que deram origem a este, para então investigar efetivamente os elementos e a interpretação da definição de cursos d'água internacionais, um conceito que engloba os recursos hídricos transfronteiriços superficiais e seus componentes hídricos anexos que fluem em um sentido comum.

Para tanto, será apresentado inicialmente o contexto de construção desses conceitos. Em seguida, serão analisados os elementos constitutivos da definição de cursos d'água internacionais, o “todo unitário” e a “desembocadura comum”. A compreensão desses elementos será essencial para distinguir os diferentes tipos de recursos hídricos transfronteiriços que englobam, em diversas escalas, canais artificiais, e para formular algumas considerações sobre a possibilidade de enquadramento do Silala nesse conceito, em vista das versões conflitantes dos Estados litigantes.

1. *A Criação do Conceito de Cursos d'água Internacionais*

A harmonização dos conceitos de rio internacional e de bacia de drenagem para criar a definição de curso d'água internacional foi um processo gradual, visto que esses conceitos são fortemente divergentes. O rio internacional, uma das primeiras definições internacionais na matéria de recursos hídricos transfronteiriços, foi introduzido pelo Ato Final do Congresso de Viena de 1815. Essa definição foi defendida por diversos países, entre estes o Brasil, e seu escopo geográfico se limita a rios que trespassam fronteiras de dois ou mais Estados.¹²

Entretanto, esse termo era utilizado para delimitar o escopo geográfico dos rios transfronteiriços para fins de navegação. O regime jurídico dos recursos hídricos compartilhados para fins outros que a navegação foi concebido apenas um século mais tarde, contando com contribuições essenciais

¹² Assim como o Brasil, grande parte dos países da América Latina favoreceram o conceito de rio internacional. Entretanto, o Chile e a Bolívia não se pronunciaram sobre a matéria durante os trabalhos de codificação da CDI. República Federativa do Brasil, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.

do Instituto de Direito Internacional (IDI).¹³ Em sua Conferência de Madri, o IDI proclamou princípios gerais que deveriam reger o gerenciamento dos rios transfronteiriços, instrumento esse que não possuía caráter vinculante, mas visava orientar a prática dos Estados no âmbito dessa matéria.¹⁴

Posteriormente, esse conceito é adotado na Declaração de Assunção sobre o Uso de Rios Internacionais, em 1971. A declaração realiza uma separação dos rios em contíguos e sucessivos, estabelecendo dois regimes paralelos de utilização.¹⁵ Nesse sentido, os rios contíguos consistem naqueles que estabelecem o limite fronteiro entre os Estados, enquanto os rios sucessivos são aqueles que efetivamente atravessam fronteiras estatais.¹⁶ Conforme a Declaração de Assunção, os rios contíguos estariam sob a tutela de ao menos duas soberanias estatais, de forma que seria necessário um acordo prévio a qualquer utilização das águas do recurso.¹⁷ Em contrapartida, os rios sucessivos estariam regidos por soberanias alternativas, sendo o Estado à montante detentor da parte superior do rio e o Estado à jusante possessor da parte inferior, existindo apenas o dever de não causar danos significativos aos outros Estados riparianos.¹⁸

Apesar de lograr de uma aceitação considerável por uma parte dos Estados à época do início dos trabalhos da CDI, tal definição se limitava a rios transfronteiriços, excluindo de seu escopo até mesmo outros recursos hídricos superficiais transfronteiriços, tais como os lagos.¹⁹ Considerando essa limitação estrita do escopo geográfico, o próprio IDI já havia alterado a nomenclatura desse tópico de trabalho para *curso d'água ou bacia de*

¹³ Institut de Droit International, “Règlementation internationale de l’usage des cours d’eau internationaux en dehors de l’exercice du droit de navigation. Session de Madrid (1911)”, Suíça, Institut de Droit International, 1911, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1911_mad_01_fr.pdf.

¹⁴ Teclaff, Ludwik, “Evolution of the River Basin Concept in National and International Water Law”, *Natural Resources Journal*, Estados Unidos da América, vol. 36, núm. 2, 1996, p. 366.

¹⁵ República Federativa do Brasil, “Declaration of Asunción on the Use of International Rivers”, Itália, disponível em: <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e03.htm>.

¹⁶ Cavalcanti, Themistocles, “Problemas jurídicos dos rios internacionais”, *Revista de Ciência Política*, Brasil, vol. 23, núm. 3, 1980, p. 27.

¹⁷ República Federativa do Brasil, “Declaration of Asunción...”, *cit.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Cafilisch, Lucius, “Règles Générales du Droit des Cours d’Eau Internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill-Nijhoff, vol. 219, 1989, p. 31.

drenagem à época da codificação da CDI, mesmo que não houvesse uma definição clara dos novos termos utilizados.²⁰

Nesse sentido, a outra definição apresentada foi a de *bacia de drenagem*, um conceito que foi desenvolvido em âmbito doutrinário e adotado no art. II das Regras de Helsinque, da Associação de Direito Internacional (ADI).²¹ Tal conceito apresenta uma maior abrangência geográfica, englobando toda a área que contribui para o abastecimento de um conjunto hídrico que flui em um sentido comum.²² Essa definição resulta, assim, de um movimento de Estados que defendia a adoção de um conceito mais abrangente, compreendendo um corpo de normas mais desenvolvido e voltado à proteção ambiental.

O conceito de bacia de drenagem representa uma unidade hidrológica indivisível que requer uma consideração global dos seus elementos para possibilitar uma utilização mais equitativa do recurso compartilhado.²³ Os Estados que compõem uma bacia hidrográfica não são apenas aqueles que dividem o rio principal que integra o todo unitário, mas também todos aqueles que contribuem para o abastecimento hídrico da bacia.²⁴

Esse conceito foi recebido de diversas formas pelos Estados. Houve aqueles que apoiaram a adoção desse conceito sem nenhuma reserva, tais como a Finlândia e os Estados Unidos da América,²⁵ como também alguns Estados que consideraram adequado adotar o conceito de bacia de drena-

²⁰ Institut de Droit International, “Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation). Session de Salzbourg (1961)”, Suíça, Institut de Droit International, 1961, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1961_salz_01_fr.pdf.

²¹ “An international drainage basin is a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus”. International Law Association, “The Helsinki Rules”, Estados Unidos da América, International Law Association, 1966, artigo II, disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/Helsinki_Rules-original_with_comments.pdf.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, artigo III.

²⁵ Republic of Finland, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1; United States of América, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.

gem apenas para os efeitos ligados à poluição, mas recusaram a aplicação desse conceito para a análise normativa da utilização dos recursos hídricos compartilhados.²⁶ Contudo, uma parcela considerável dos Estados posicionou-se contrária a esse conceito, visto que desejavam que a CDI iniciasse seus trabalhos com base em um escopo mais restritivo.²⁷ Alguns Estados, tais como a Bulgária e a România, consideravam que as questões jurídicas relativas a cursos d'água internacionais eram demasiadamente diversas e singulares, de forma que seu processo de codificação seria uma empreitada muito difícil, ou até mesmo impossível.²⁸

Ainda assim, não obstante essa forte disputa inicial, quase a totalidade dos Estados consultados tomaram a posição de que a definição do escopo seria relevante apenas enquanto um meio para a discussão do tema essencial, que seriam os problemas jurídicos relativos à disputa de dois ou mais Estados por um sistema hídrico internacional.²⁹ Como argumentado pela Argentina, a especificação de uma definição seria desnecessária e até mesmo inapropriada, visto que seria possível progredir sem se perder em um debate acadêmico prolongado que muito provavelmente não produziria conclusões efetivas.³⁰ Dessa forma, Richard Kearney, o primeiro relator desse tema, decidiu trabalhar o tópico sem se ater à discussão acerca da definição, alegando ser a prática usual da CDI utilizar definições provisórias enquanto analisa as normas substanciais.³¹

Em seguida, o sucessor de Kearney na relatoria do tema de cursos d'água internacionais, Stephen Schwebel, realizou a primeira tentativa de convergência entre os conceitos de bacia de drenagem e rio internacional, apesar das adversidades encontradas no processo. Ao analisar a dicotomia do todo

²⁶ Kearney, Richard, "First Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1, p. 185.

²⁷ Kearney, Richard, *op. cit.*, p. 184.

²⁸ Wescoat, James, "Beyond the River Basin: Changing Geography of International Water Law Problems and International Watercourses Law", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Estados Unidos da América, vol. 3, núm. 1, 1992, p. 307.

²⁹ Kearney, Richard, *op. cit.*, p. 185.

³⁰ Republica Argentina, "Replies of Governments to the Commission's Questionnaire", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.

³¹ Kearney, Richard, *op. cit.*, p. 185.

unitário de uma bacia hidrográfica frente à fragmentação política da unidade natural embutida no conceito de rio internacional.

Schwebel ressaltou a dificuldade de conciliar essas teorias no âmbito teórico.³² Além disso, o relator destacou que a maior parte dos Estados favoráveis ao conceito de bacia de drenagem eram Estados predominantemente à jusante dos recursos hídricos transfronteiriços, e que, de forma similar, a maioria dos Estados defensores do conceito de rios internacionais eram Estados à montante de tais recursos.³³ A explicação desse fenômeno acompanha grande parte das discussões relativas aos cursos d'água internacionais, visto que em grande parte os conflitos se resumem à tentativa dos Estados à montante de limitar a aplicabilidade e os efeitos das normas aos recursos hídricos transfronteiriços. Enquanto os Estados à jusante visavam estabelecer um escopo de aplicação abrangente e normas que garantissem uma efetiva proteção dos recursos compartilhados.³⁴

Assim, em um contexto de estagnação das discussões sobre o conceito de cursos d'água internacionais, dada a decisão de postergar os debates relativos à definição do escopo geográfico dos trabalhos em curso, surgiu o conceito de “sistema de cursos d'água”, descrito por Schwebel como uma moldura refinada do conceito de bacia de drenagem.³⁵ O sistema de cursos d'água consiste em um todo unitário que engloba não apenas os rios superficiais transfronteiriços, mas também outras unidades hidrográficas, tais como lagos e canais.³⁶ Essa definição foi criada com o intuito de servir apenas enquanto uma base provisória para os trabalhos da CDI, tentando conciliar a ênfase nos rios superficiais transfronteiriços com a teoria do todo unitário, e foi logo retirada do projeto de artigos pelo relator subsequente, Jens Evensen.³⁷

³² Schwebel, Stephen, “First Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1979, vol. II, núm. 1.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

³⁵ International Law Commission, “Summary Record of the 1554th Meeting”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1979, vol. 1.

³⁶ Schwebel, Stephen, “Second Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1982, vol. II, núm. 1.

³⁷ Wescoat, James, *op. cit.*, p. 314 e 315.

Após um período de confusão terminológica e retrocesso na definição dos cursos d'água internacionais, o quarto relator sobre o tema, Stephen McCaffrey, retornou a palavra *sistema* em colchetes à proposta de definição, e tomou a posição de que seria necessário discutir um conceito apenas quando o projeto de artigos estivesse mais consolidado.³⁸ Desse modo, a definição do escopo dos trabalhos desenvolvidos pela CDI foi apenas apresentada de forma mais consistente em 1991. A fórmula, então, adotada seria apenas levemente alterada antes de adquirir sua forma final, codificada pela UNWC.³⁹ A definição possui em si dois elementos centrais e mutuamente complementares, sendo eles o “sistema unitário” e a “desembocadura comum”: “Artigo 2o. Termos utilizados. b) «Curso d'água» significa um sistema de águas superficiais e subterrâneas que, em virtude do seu relacionamento físico, constituem um sistema unitário e normalmente fluindo para uma desembocadura comum”.⁴⁰

Uma vez evidenciado o histórico bem como os posicionamentos conflitantes que culminaram na adoção da fórmula conceitual dotada em 1991, faz-se necessária a identificação dos elementos presentes neste conceito, que seria posteriormente reconhecido como costumeiro pela jurisprudência e pela doutrina internacional.

2. Elementos constitutivos do conceito de cursos d'água internacionais

Conforme ilustra a definição proposta pelo artigo 2o. da UNWC, o conceito de cursos d'água internacionais apresenta dois elementos constitutivos: o sistema unitário e a desembocadura comum. Tais elementos constitutivos podem ser entendidos a partir de um embate histórico entre as

³⁸ *Ibidem*, p. 317.

³⁹ Arcari, Maurizio e Tanzi, Attila, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing*, Holanda, Kluwer Law International, 2001, p. 58.

⁴⁰ Todas as citações diretas do presente trabalho foram traduzidas de forma livre no corpo do texto, e suas versões originais podem ser encontradas nas notas de rodapé respectivas. “Article 2. Use of terms. (b) «Watercourse» means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus”. United Nations, “UN Watercourses Convention”, *op. cit.*

tentativas de ampliar e reduzir o âmbito de aplicação das normas codificadas pela CDI. Nesse sentido, o elemento de sistema unitário foi criado de forma a englobar todos os componentes da complexa realidade hidrológica dos recursos hídricos transfronteiriços,⁴¹ a fim de solucionar a principal limitação do conceito de rio internacional. Tal limitação é de ordem geográfica, referindo-se à negligência dos recursos hídricos transfronteiriços outros que os rios superficiais que atravessam fronteiras. Essa negligência impossibilitaria uma regulação unificada de recursos naturais que são conectados e interdependentes.⁴²

O elemento da desembocadura comum, em sentido contrário, foi criado com o intuito de limitar o escopo geográfico de aplicação das normas referentes aos cursos d'água internacionais,⁴³ uma vez que a bacia de drenagem possui uma abrangência considerada exacerbada por uma parcela significativa dos Estados por englobar em seu escopo as terras que circundam os recursos hídricos transfronteiriços.⁴⁴ A partir dessas perspectivas, as peculiaridades desses elementos serão abordadas nas próximas seções.

A. O Sistema Unitário

O sistema unitário, primeiro elemento do conceito de cursos d'água internacionais, demonstra uma visão holística dos componentes hídricos que compõem um curso d'água. As próprias normas concebidas pela CDI pressupõem a consideração da integridade do sistema hidrológico, visto que os efeitos de uma atividade realizada em uma parte do sistema podem afetar todo o resto dos componentes hídricos anexos.⁴⁵ Dessa forma, o regime

⁴¹ Arcari, Maurizio, "The Draft Articles on the Law of International Watercourses Adopted by the International Law Commission: An Overview and some Remarks on Selected Issues", *Natural Resources Forum*, vol. 21, núm. 3, 1997, p. 171.

⁴² Caflisch, Lucius, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ International Law Commission, "Draft Articles on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses and Commentaries Thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1994, vol. II, part two, p. 90.

⁴⁴ Sette-Câmara, José, "Pollution of International Rivers", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Holanda, Leiden, Brill-Nijhoff, vol. 186, 1984, p. 128.

⁴⁵ McCaffrey, Stephen, "The UN Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses: Prospects and Pitfalls", Suíça, p. 18, disponível em: https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/env/water/cwc/legal/UNConvention_McCaffrey.pdf.

do uso equitativo de recursos compartilhados pode ser influenciado por interferências em qualquer parte do sistema, e não apenas na região artificialmente delimitada pelo conceito de rio internacional, ou seja, em rios superficiais contíguos e sucessivos.⁴⁶ A mesma assertiva também se aplica à norma da proibição do dano transfronteiriço e às disposições relativas às medidas planejadas.⁴⁷

Ressalva-se, no entanto, que a UNWC foi redigida com um foco primordialmente voltado às águas superficiais. Assim, o componente transfronteiriço central do sistema unitário deve ser um recurso hídrico superficial, de forma que as águas subterrâneas apenas compõem um curso d'água de forma subsidiária, ou seja, se conectadas ao componente transfronteiriço central.⁴⁸ Entretanto, resta o questionamento de quais elementos superficiais podem ser enquadrados no conceito de cursos d'água internacionais independentemente de estarem conectados à um outro corpo d'água transfronteiriço.

Quanto a essa questão, a CDI não estabelece qualquer critério aparente de hierarquia entre as águas superficiais no projeto de artigos da UNWC. Portanto, os elementos superficiais do todo unitário de um curso d'água internacional podem assumir diversas formas, naturais (ex: lagos ou rios) e artificiais (ex. canais), sem subordinação entre si.⁴⁹

Assim, a CDI estabelece basicamente dois critérios para a delimitação do todo unitário de um curso d'água internacional, sendo estes a presença de um recurso hídrico transfronteiriço superficial e a interdependência física dos elementos constitutivos do sistema hídrico em questão.⁵⁰ Dessa forma, restariam excluídos do escopo geográfico da UNWC apenas as águas subterrâneas não conectadas a um corpo d'água superficial transfronteiriço.⁵¹

⁴⁶ McCaffrey, Stephen, "Seventh Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991, vol. II, núm. 1, p. 50.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Eckstein, Gabriel e Eckstein, Yoram, "A Hydrogeological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law", *Am. U. Int'l L. Rev.*, vol. 19, 2003, p. 241.

⁴⁹ McCaffrey, Stephen, "Seventh Report...", *cit.*, p. 51.

⁵⁰ International Law Commission, "Draft Articles on the Law of the Non-Navigational uses...", *cit.*, p. 90.

⁵¹ *Idem*.

Considerando o caso específico dos canais, estes foram expressamente incluídos na lista exemplificativa dos seus elementos constitutivos, sendo assim introduzidos no escopo geográfico de cursos d'água internacionais.⁵² Contudo, tal inclusão foi objeto de controvérsia, sendo que alguns dos membros da Comissão consideraram enquanto um pressuposto que os cursos d'água poderiam ser fruto exclusivo de fenômenos naturais.⁵³

Ainda assim, considerando a evolução do conceito de cursos d'água internacionais, ressalta-se que o acordo que possibilitou um maior consenso entre os Estados foi a expansão do escopo geográfico do conceito tradicional de rio internacional para abranger todo o sistema unitário de águas superficiais transfronteiriças, bem como as águas subterrâneas anexas, sem incluir, no entanto, as terras da região da bacia de drenagem.⁵⁴ Não há aqui qualquer limitação referente à eventual natureza das águas superficiais, o que seria até mesmo contraditório com o conceito de todo unitário. Dessa forma, um curso d'água se torna internacional se qualquer de seus elementos superficiais atravessarem fronteiras, podendo o elemento transfronteiriço ser, inclusive, um canal artificial.⁵⁵ Em todo o espectro de recursos hídricos transfronteiriços, apenas as águas subterrâneas não conectadas a um corpo d'água superficial restam excluídas do âmbito de aplicação das normas referentes aos cursos d'água internacionais, o que se deve ao caráter de subsidiariedade das águas subterrâneas presente na definição do escopo geográfico da UNWC.⁵⁶

Entretanto, uma parcela da doutrina estabelece que, como as águas subterrâneas, os canais podem apenas compor um curso d'água internacional de forma subsidiária.⁵⁷ Essa limitação do escopo geográfico se dá por meio do próximo elemento da definição a ser analisado, a partir de uma análise de razoabilidade contido na ideia da desembocadura comum, não havendo inicialmente qualquer limitação ao enquadramento do Silala enquanto um curso d'água internacional no que se refere ao primeiro elemento da definição abordada.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Arcari, Maurizio, "The Draft Articles on the Law..." *cit.*, p. 171.

⁵⁵ Meshel, Tamar, "What's in a Name? The Silala Waters and the Applicability of International Watercourse Law", *Questions of International Law*, Itália, vol. "Zoom-In" 39, 2017, p. 8.

⁵⁶ Eckstein, Gabriel e Eckstein, Yoram, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁷ Boisson de Chazournes, Laurence, *Fresh Water in International Law*, Oxford University Press, 2013, p. 28.

B. A Desembocadura Comum

O segundo elemento da definição, a desembocadura comum, foi concebido enquanto um meio de limitar o escopo geográfico da UNWC, de forma a impedir que duas ou mais bacias de drenagem conectadas sazonalmente ou de forma artificial pudessem integrar um mesmo conjunto unitário para os propósitos da convenção.⁵⁸ Esse elemento foi inserido na definição de cursos d'água internacionais em função da preocupação da CDI de que sistemas hídricos diversos com uma interação ínfima pudessem integrar o todo unitário de um mesmo curso d'água internacional.⁵⁹

Criou-se, assim, um limite de razoabilidade, impedindo a fusão jurídica de dois cursos d'água distintos, que visava dar mais precisão à delimitação do escopo geográfico da UNWC.⁶⁰ Contudo, a existência de uma desembocadura comum não é um critério absoluto, pois ele incorpora em si exceções ligadas à sazonalidade e à outras complexidades dos sistemas hidrológicos.⁶¹ Assim, a efetiva análise da delimitação do escopo geográfico da UNWC deve ser realizada com fundamento no senso comum e julgamento prático da realidade do caso concreto.⁶²

O último relator especial sobre o tema dos cursos d'água internacionais, Robert Rosenstock, sugeriu a retirada desse elemento do referido conceito sob a justificativa de se tratar de uma simplificação sem propósito e incorreta do ponto de vista hidrológico.⁶³ Em contrapartida, outros

⁵⁸ Rieu-Clarke, Alister *et al.*, *UN Watercourses Convention: User's Guide*, Escócia, IHP-HELP Centre for Water Law, Policy and Science, 2012, p. 75.

⁵⁹ International Law Commission, "Summary Record of the 2213th Meeting", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991, vol. I.

⁶⁰ International Law Commission, "Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Third Session, 29 April-19 July 1991, Official Records of the General Assembly, Forty-Sixth Session, Supplement No. 10", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991, vol. II, part two.

⁶¹ Rieu-Clarke, Alister *et al.*, *op. cit.*, p. 75.

⁶² International Law Commission, "Draft Articles on the Law of the Non-Navigational uses...", *cit.*, p. 91.

⁶³ Rosenstock, Robert, "Second Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1994, vol. II, núm. 1.

membros da CDI consideraram essencial que o elemento da desembocadura comum compusesse a definição dos cursos d'água internacionais, visto que ele poderia auxiliar na identificação do elemento central de um sistema hídrico, de forma a facilitar a delimitação das fronteiras entre diferentes cursos d'água.⁶⁴

O elemento da desembocadura comum tem uma função essencial no caso específico dos canais. Em sua ausência, seria possível utilizar os canais com o intuito de criar uma unidade artificial entre diferentes cursos d'água internacionais.⁶⁵ Assim, os canais integram um curso d'água internacional por meio de uma análise de razoabilidade. Para alguns autores, isso significa que canais podem ser apenas elementos subsidiários de um curso d'água internacional, mas nunca o elemento central.⁶⁶

Nesse sentido, seria imprudente especular acerca do enquadramento jurídico do Silala sem um embasamento fático sólido, uma vez que o elemento da desembocadura comum consiste em um índice de razoabilidade que pode apenas ser verificado por meio de uma minuciosa investigação dos atributos físicos do recurso hídrico compartilhado. No entanto, em suma, pode-se observar duas possibilidades principais que tem consequências jurídicas razoavelmente concretas, que são as versões antagônicas apresentadas pelas partes litigantes no caso Silala.

A primeira realiza-se na medida em que se considera que o Silala configura um curso natural transfronteiriço anterior à canalização, como proposto pelo Chile, de forma que os canais integrariam esse curso d'água internacional apenas enquanto elementos subsidiários, situação na qual haveria um forte argumento para que a CIJ enquadrasse o Silala no conceito de curso d'água internacional. Nesse contexto, como o fluxo de água canalizado serviria apenas para incrementar o fluxo natural do Silala, o critério de razoabilidade do elemento da desembocadura comum pesaria mais para o sentido da aplicação do direito dos cursos d'água internacionais a esse re-

⁶⁴ International Law Commission, “Summary Record of the 2309th Meeting”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1993, vol. I.

⁶⁵ International Law Commission, “Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session, 3 May-23 July 1993, Official Records of the General Assembly, Forty-Eighth Session, Supplement No. 10”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1993, vol. II, part two.

⁶⁶ Boisson de Chazournes, Laurence, *op. cit.*, p. 28.

curso.⁶⁷ Quanto à extensão do todo unitário do Silala ao aquífero transfronteiriço de onde são derivadas as águas canalizadas,⁶⁸ o presente estado dos fatos não permite que sejam realizadas suposições a respeito desse recurso.

Em contraposição ao primeiro cenário, a segunda situação se realizaria no caso de o fluxo transfronteiriço do Silala ser inteiramente derivado das águas canalizadas, como sustentado pela Bolívia. Nesse contexto, o elemento central do sistema hídrico seria claramente o aquífero transfronteiriço do qual são derivados os canais. Assim, não seria razoável aplicar as normas referentes aos cursos d'água internacionais a um todo unitário cujo elemento central é claramente um aquífero. Dessa forma, poderia ser analisada a configuração do Silala enquanto integrante do todo unitário de um aquífero internacional nos termos do Projeto de Artigos sobre Aquíferos Transfronteiriços,⁶⁹ mas tal enquadramento ultrapassa os limites de abrangência do presente estudo.

III. A ORIGEM DO SILALA: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E CIENTÍFICA

A controvérsia relativa ao Silala apresenta uma complexidade factual singular, uma vez que as partes litigantes divergem não apenas em suas versões históricas, mas também científicas. No âmbito histórico, a disputa principal envolve a Bolívia ter ou não consentido à aplicação das normas jurídicas regime jurídico dos cursos d'água internacionais ao Silala. No âmbito das considerações científicas, por sua vez, discute-se o caráter natural ou artificial do fluxo do Silala.

⁶⁷ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, p. 603.

⁶⁸ Eckstein, Gabriel, "The Silala Basin: One of the Most Hydropolitically Vulnerable Basins in the World", Estados Unidos da América, 2011, disponível em: <https://www.internationalwaterlaw.org/blog/2011/10/27/the-silala-basin-one-of-the-most-hydropolitically-vulnerable-basins-in-the-world/>.

⁶⁹ Vucic, Mihajlo, "Silala Basin Dispute. Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse", *Belgrade Law Review*, Sérvia, núm. 4, 2017, p. 98; International Law Commission, "Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers", *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 2008, vol. II, part two, artigo 2o.

Assim, a presente leitura contextual buscará apresentar de maneira detalhada estes fatores históricos e técnicos que serão essenciais à construção jurídica do caso. Dessa forma, as considerações históricas serão delineadas em torno dos acontecimentos que confirmam ou contestam a existência desse consentimento; enquanto os elementos técnicos serão delineados a partir das postulações do Chile e da Bolívia. Nesse sentido, o Chile alega que o Silala possui um fluxo transfronteiriço natural, ou seja, mesmo antes de qualquer eventual canalização, o Silala atravessava a fronteira chileno-boliviana em função da topografia da região onde ele se encontra.⁷⁰ Por outro lado, a Bolívia busca trazer evidências de que o Silala atravessa a fronteira para o lado chileno em função de uma canalização recente.⁷¹

1. Contexto Histórico

O Caso sobre a *Disputa acerca do Status e do Uso das Águas do Silala* surgiu, principalmente, em decorrência da conflituosa relação entre o Chile e a Bolívia. Tal disputa se desenrolou tangencialmente à controvérsia sobre o acesso ao mar, que se resolveu judicialmente por meio da CIJ em favor do Chile em 2018.⁷² Contudo, antes de compreender as conexões entre a disputa relativa ao Silala e ao caso que se discutiu em 2018, é importante retornar ao momento inicial de ruptura. Desse modo, o conflito em relação ao Silala iniciou-se por um acontecimento aparentemente de pouca relevância que culminou em uma querela de proporções singulares no âmbito da gestão compartilhada de recursos hídricos transfronteiriços.

⁷⁰ Republica de Chile, “Case of the Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile vs. Bolivia*). Application Instituting Proceedings”, Holanda, International Court of Justice, 2016, pp. 10-20, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-EN.pdf>.

⁷¹ International Court of Justice, “Case of the Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile vs. Bolivia*). Order of 15 November 2018”, Holanda, International Court of Justice, 2018, p. 2, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20181115-ORD-01-00-EN.pdf>.

⁷² International Court of Justice, “Case of the Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (*Bolivia vs. Chile*)”, Holanda, International Court of Justice, 2018, pp. 54 e 55, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>.

No día 4 de maio de 1996, o periódico *El Diario* publicou em primeira páxina a denuncia de que o Chile habería desviado as augas do Silala de forma artificial.⁷³ Em resposta a essa manchete, o chanceler boliviano Antonio Aranibar declarou que o Silala é un río internacional, sendo a parte superior pertencente à Bolívia e a parte inferior ao Chile. Por meio dessa declaración, Aranibar tamén ressaltou que, apesar da canalización realizada no Silala, non existía qualquer desvio artificial que transportava suas augas em dirección ao Chile.⁷⁴

⁷³ “*El Diario* alertó que Chile usó indebidamente aguas del Silala”, Bolívia, *El Diario*, 2016, disponível em: http://www.eldiario.net/noticias/2016/2016_04/nt160408/principal.php?n=63&el-diario-alerto-que-chile-uso-indebidamente-aguas-del-silala.

⁷⁴ “COMUNICADO DE PRENSA: El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, ante recientes publicaciones periodísticas referidas a una supuesta desviación de las aguas del fronterizo río Silala por parte de Chile y de una consiguiente presunta penetración chilena a territorio boliviano, tiene a bien informar a la opinión pública lo siguiente: 1. Por instrucciones del señor Canciller de la República Dr. Antonio Aranibar Quiroga la presidencia de la Comisión Nacional de Soberanía y Límites presentó un informe técnico sobre la índole internacional del mencionado río. 2. El Silala es un río que tiene origen en una vertiente que brota al pie del cerro del mismo nombre, en territorio de Bolivia, e ingresa posteriormente a territorio de Chile. Dicho de otro modo, Bolivia es dueña del curso superior de ese río y Chile del inferior. 3. La existencia de canales de captación de aguas en esa zona se remonta a finales del siglo pasado, cuando empezaron los trabajos de conexión ferroviaria con Antofagasta, que continuaron tras la guerra de 1879. Esos datos se hallan registrados en los sucesivos informes sobre revisión de hitos en base a trabajos de campo efectuados a partir de 1906 y que cursan en los acuerdos que tienen que ver con la construcción de la citada línea férrea y con el uso del agua para las locomotoras de ese entonces. 4. La comisión mixta Bolivia-Chile levantó un mapa oficial que muestra con claridad que la llamada «represa» o «canalización Silala» se encuentra en territorio chileno. No existe, por tanto, ningún desvío de aguas. Todo esto quedó confirmado durante los trabajos de campo que realizó dicha Comisión Mixta en los años 1992, 1993 y 1994. 5. En la frontera boliviano-chilena no está asentado ningún batallón ni regimiento «Mejillones». De acuerdo con el departamento III del Comando General de Ejército, la guarnición militar boliviana que tiene puestos adelantados en San Pablo de Napa, Chiguana y Chela, y que patrullan la región del Silala, es el batallón 27 «Antofagasta» ubicado en la población de Kolcha-K y dependiente de la Décima división de Tupiza. En consecuencia, la versión sobre que el «Batallón Mejillones» compra agua a la empresa chilena «Cruz Blanca» carece de veracidad. Además, el batallón «Mejillones» está radicado en Huachacalla, departamento de Oruro. 6. En cuanto a que algunos hitos habrían sido removidos, la fotografía publicada en un periódico local presenta unos «mojones» incluso uno caído, que no corresponden a la demarcación efectuada por la Comisión Mixta, pues los hitos usados son metálicos todos sin excepción, desde la demarcación de 1906 y por norma del Protocolo Reglamentario de 1942. Consiguientemente, tampoco es cierto que hubiese producido una alteración de los hitos. 7. El informe

Além disso, o Dr. Teodoro Imaña-Castro, um dos acadêmicos bolivianos que compôs a comissão organizada pelo então prefeito de Potosí para verificar a situação real do Silala após as denúncias publicadas pelo *El Diario*, corroborou com a tese de Aranibar em seu relatório ao declarar que:

O curso do rio Silala [...] corre do Leste ao Sudeste em direção ao território chileno. Tem suas nascentes atrás da colina Silala em uma planície do leste da colina, em encostas, “olhos” ou nascentes de água (três principais e seis menores) [...] Essas águas provenientes dos nove “olhos” dão origem ao leito que, em virtude do terreno, se dirigem em direção ao Sudoeste, verso território chileno.⁷⁵

Tais pronunciamentos indicam que, até o momento em que foram proferidos, a natureza do fluxo das águas do Silala por meio da fronteira ainda não era disputada.⁷⁶ Entretanto, o governo boliviano não tardaria em contestar essas declarações. O próprio Aranibar chegou a se retratar publicamente por sua declaração, afirmando que o Silala não poderia sequer ser considerado um rio.⁷⁷

No ano seguinte, o governo boliviano alterou radicalmente seu posicionamento e revogou a concessão que permitia ao Chile utilizar as águas provenientes do Silala, sob a justificativa de que o propósito da concessão teria

de la Comisión Nacional de Soberanía y Límites, en síntesis, deja constancia de que no hay ninguna obra o modificación, desvío de aguas ni alteración de hitos en la época actual. 8. No obstante, el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, dado que las aguas del río Silala son aprovechadas desde hace más de un siglo por Chile y no por Bolivia, y en razón de que el Estado boliviano debe ser beneficiario del costo de tales aguas, incorporará este tema en la agenda bilateral. 9. Finalmente la Cancillería de la República recuerda que la vigilancia y resguardo material de las fronteras nacionales, son competencia de las Fuerzas Armadas y la Guardia Fronteriza de la Policía Boliviana. La Paz, mayo 7 de 1996. DIRECCIÓN GENERAL DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA”. República de Chile, *op. cit.*, anexo 15.

⁷⁵ “El curso del río Silala [...] corre Este a Sudoeste hacia territorio chileno. Tiene sus nacientes detrás del cerro Silala en una planicie del oriente del cerro, en vertientes, «ojos» o surgentes de agua (tres principales y seis menores) [...] Esas aguas provenientes de nueve «ojos» dan origen al cauce que, por la inclinación del terreno, se dirigen en dirección al Suroeste, hacia territorio chileno”. Horzella, Barbara, “Negociaciones en torno al río Silala”, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016, disponível em: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=13501>.

⁷⁶ República de Chile, *op. cit.*

⁷⁷ Quiroga, Antonio, “El mito del Silala”, Bolívia, 2002, p. 24, disponível em: http://antonibaz.orgfree.com/descargas/Libro_Mito_Silala.pdf.

sido subvertido.⁷⁸ Tal concessão remonta às negociações de paz do último grande conflito entre o Chile e a Bolívia.

Tudo se iniciou no começo do século XX, logo após a guerra que culminou na perda do litoral para a Bolívia, além da divisão da Bacia do Silala, previamente localizada integralmente em território boliviano.⁷⁹ Em 1904, o Tratado de Paz e Amizade celebrado entre o Chile e a Bolívia demonstrou pela primeira vez o reconhecimento bilateral da existência do Silala na qualidade de um rio, mesmo que mapas anteriores encomendados pelo Chile (1884) e pela Bolívia (1890) já o retratassem enquanto tal.⁸⁰ Nesse sentido, surgem diferentes versões quanto ao início dos trabalhos de canalização. Autores bolivianos sugerem que a canalização se iniciou em 1888, logo antes da realização do mapa boliviano, enquanto a doutrina chilena se atém à versão de que os trabalhos teriam debutado em 1908, data posterior ao reconhecimento bilateral do Silala enquanto um rio internacional.⁸¹

Então, em 1906, o Chile concedeu à *Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia* (FCBA) o direito de utilizar as águas do Silala em território chileno com o propósito de aumentar o fluxo de água que alimenta o porto de Antofagasta.⁸² A FCBA precisava de um fornecimento contínuo de água para possibilitar o funcionamento da malha ferroviária na região, e as águas do Silala se tornaram a solução ideal em função de sua qualidade e de sua localização. Assim, a empresa também requisitou à Bolívia uma canalização para incrementar o fluxo existente. Além disso, a FCBA ainda se dispôs a reservar um terço das águas para uso público, mas a Bolívia não demonstrou interesse nas águas até recentemente, quando declarou sua soberania absoluta sobre o recurso.⁸³

Dessa forma, em 1908, o fluxo do Silala foi modificado pelo projeto de canalização possibilitado pela concessão da Bolívia.⁸⁴ Tal concessão foi outorgada pela Prefeitura de Potosí à FCBA de forma completamente gra-

⁷⁸ Rossi, Christopher, “The Transboundary Dispute Over the Waters of the Silala/Siloli”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, núm. 1, 2017, p. 55.

⁷⁹ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, p. 598.

⁸⁰ Republica de Chile, *op. cit.*, p. 4.

⁸¹ Horzella, Barbara, *op. cit.*, p. 7.

⁸² Republica de Chile, *op. cit.*, p. 5.

⁸³ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, p. 598.

⁸⁴ Escobari, Andrés, “Los conflictos entre Bolivia y Chile”, *Revista Macrorregiones y Fronteras*, Bolívia, núm. 11, 2016, p. 19.

tuita e, apesar das dúvidas que circundam essa ausência de onerosidade, não há uma resposta clara acerca dos motivos que culminaram nesse compromisso.⁸⁵ São encontradas na doutrina chilena interpretações dos termos da concessão boliviana para afirmar que, à época da construção dos canais, não havia dúvidas quanto ao status do Silala enquanto um rio transfronteiriço.⁸⁶

A partir de 1962, a FCBA realizou uma conversão de sua frota de locomotivas, e o diesel começou a ser utilizado para substituir o motor à vapor. Assim, a água que era destinada ao abastecimento do sistema ferroviário começou a ser aproveitada para o consumo humano nas comunidades de *Sierra Gorda* e *Baquedano*, localizadas na parte chilena da fronteira. A partir de então, surgiram movimentos que urgiam ao governo boliviano para que cobrasse pela utilização das águas do Silala, o que eventualmente levaria à concepção de que o Chile teria uma dívida histórica em relação à Bolívia.⁸⁷ Assim, com base nesses elementos fáticos, a Bolívia revogou a concessão para a utilização das águas do Silala em função da subversão de seu propósito inicial.

Em seguida à revogação da concessão, a Bolívia começou a tomar medidas unilaterais em relação ao Silala, adotando a postura de que o Silala estaria exclusivamente sobre seu domínio.⁸⁸ Em 1999, a Bolívia autorizou a licitação das águas do Silala, o que foi contestado pelo Chile sob a justificativa de que não seria possível submeter as águas de um curso d'água internacional à uma licitação nacional.⁸⁹ Não obstante aos protestos chilenos, a empresa boliviana, DUCTEC S.R.L., ganhou a licitação para a utilização das águas do Silala por 40 anos. Tal ato jurídico foi declarado pelo Chile como carente

⁸⁵ Fundación Jaime Guzmán, “Silala: las aguas de la discordia”, *Ideias & Propuestas*, Chile, núm. 39, 2009, p. 2, disponível em: https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2018/05/iyp_39.pdf.

⁸⁶ A concessão boliviana se refere ao Silala através dos termos *águas*, *vertentes* e *rio*. Apesar dos diferentes significados que possam ser atribuídos a essas palavras individualmente, a interpretação chilena postula que o verdadeiro significado desses termos pode ser encontrado na complementariedade mútua desses elementos, de forma que todos eles se referem às águas de vertente que formam um rio, que receberá a denominação comum de Silala. Von Chrismar, Julio, “El Silala es un río y como tal debe ser considerado”, *Política y Estrategia*, Chile, núm. 93, 2004, pp. 86 e 87.

⁸⁷ Horzella, Barbara, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁸ Estado Plurinacional de Bolivia, “Canciller: Bolivia no amenaza y tiene derecho a ejercer soberanía sobre el Silala”, Bolívia, disponível em: <http://www.comunicacion.gob.bo/?q=20160324/20873>.

⁸⁹ Horzella, Barbara, *op. cit.*, p. 9.

de eficácia, pois a própria licitação seria ilícita perante o direito internacional. Em resposta aos protestos chilenos, o chanceler boliviano declarou que a Bolívia não resistia ao diálogo, mas ressaltou que o governo boliviano não estava aberto a reconsiderar o enquadramento do Silala enquanto um recurso hídrico doméstico.⁹⁰

Assim, a DUCTEC tentou cobrar das companhias chilenas pela utilização das águas do Silala, mas sem sucesso. Em 2003, o fracasso da DUCTEC em realizar tal cobrança levou o governo boliviano a rescindir o contrato previamente realizado com a companhia boliviana.⁹¹ Eventualmente, os dois países começaram a cooperar, e o Silala foi apresentado como um dos tópicos da agenda bilateral em 2006.

As negociações levariam à uma proposta de acordo bilateral em 2009, que nunca chegou a ser adotado.⁹² Tal acordo apresenta um modelo bem claro de repartição das águas do Silala. Em seu artigo 6o., o acordo estabelece:

As Partes estabelecem, em conformidade com o Artigo 2o., que do volume total das águas do Silala, ou Siloli, que fluem por meio da fronteira (100%), 50% correspondem, inicialmente, ao Estado Plurinacional de Bolivia, são de sua livre disponibilidade e as poderá utilizar em seu território ou autorizar sua captação para seu uso por terceiros, incluindo sua condução ao Chile. Essa porcentagem poderá ser incrementada em favor da Bolivia, em função dos resultados dos estudos conjuntos que forem implementados no âmbito do presente Acordo.⁹³

Assim, a água poderia ser utilizada pela Bolívia ou continuar sendo conduzida ao Chile, que em contrapartida pagaria pela porcentagem utilizada conforme os valores estabelecidos pelo Ministério do Meio Ambiente

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, p. 598.

⁹² Republica de Chile, *op. cit.*, p. 7.

⁹³ “Las Partes establecen, de conformidad con el Artículo 2, que del volumen total del agua del Silala o Siloli, que fluye a través de la frontera (100%), el 50% corresponde, inicialmente, al Estado Plurinacional de Bolivia, es de su libre disponibilidad y lo podrá utilizar en su territorio o autorizar su captación para su uso por terceros, incluyendo su conducción a Chile. Este porcentaje podrá ser incrementado a favor de Bolivia, en función de los resultados de los estudios conjuntos que se lleven a cabo en el marco del presente Acuerdo”. Estado Plurinacional de Bolivia e Republica de Chile, “El acuerdo inicial sobre el Silala, o Siloli”, Estados Unidos da América, artigo 6o., disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Silala/SilalaAgreement2009_Spanish.pdf.

e Água da Bolívia.⁹⁴ Entretanto, em 2010, a Bolívia retornou ao seu posicionamento anterior de clamar soberania absoluta sobre as águas do Silala, afirmando que não se tratava de um curso d'água internacional. O governo boliviano chegou até mesmo a indicar que o Chile deveria pagar mais de um bilhão de dólares a título de dívida histórica pela utilização das águas do Silala. Assim, a Bolívia tentou inserir um artigo no acordo sobre a dívida histórica, o que culminou fatalmente na cessação das negociações.⁹⁵

Concomitantemente às negociações, a Bolívia começou a analisar uma série de projetos a serem implementados no Silala. O governo boliviano cogitou, inclusive, engarrafar a água do Silala para fins comerciais com o slogan *Drink Silala water for sovereignty*, além de realizar um estudo sobre a viabilidade de implementar uma usina hidrelétrica no lado boliviano da fronteira.⁹⁶ Além disso, foi inaugurado uma incubadora de trutas e está sendo estudada a viabilidade de um bombeamento de águas até a *Laguna Colorada*, projetos esses que consumiriam a integridade das águas do Silala.⁹⁷

E assim, em 6 de junho de 2016, o Chile iniciou os procedimentos perante a CIJ.⁹⁸ O processo ainda está em seu estágio inicial, sendo ainda muito precipitado deduzir conclusões definitivas sobre os fatos conflitantes que acabam de ser descritos. Como pode ser observado no desenvolvimento histórico apresentado, existe uma complexa dinâmica de cooperação entre as partes desse conflito, de forma que grande parte dos fatos são disputados pelas partes. Portanto, o caráter instável das negociações entre o Chile e a Bolívia dificultam imensamente a análise de um eventual consentimento boliviano ao enquadramento do Silala enquanto um curso d'água internacional.

2. Contexto Científico

Como discutido anteriormente, o fluxo hídrico do Silala é influenciado por alguns canais artificiais, e as partes disputam, essencialmente, o nível de

⁹⁴ *Ibidem*, artigo 13.

⁹⁵ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, p. 600.

⁹⁶ Galland, Franck, “L'eau: un problème stratégique pour le nord du Chili”, *GÉOÉCONOMIE*, França, núm. 49, 2009, p. 98.

⁹⁷ Horzella, Barbara, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

⁹⁸ Republica de Chile, *op. cit.*

influência que essas estruturas artificiais exercem sobre o fluxo do sistema. O Chile sustenta que os canais não afetam o curso transfronteiriço do Silala. Assim, para fins didáticos, é realizada uma distinção entre um canal e um rio canalizado:

O canal seria uma construção artificial realizada pelo homem para conduzir a passagem da água por um lugar por meio do qual não passaria de forma natural. Um rio canalizado pressupõe a existência prévia de um curso d'água que flui de forma natural, e sua canalização se realiza para evitar transbordamentos em épocas de cheia, ou para reduzir a evaporação. Em termos jurídicos, um rio canalizado não perde sua condição de rio, e tal é o caso do rio Silala.⁹⁹

Em linhas gerais, o Silala é classificado enquanto um rio canalizado pelo Chile, e como um canal pela Bolívia.¹⁰⁰ Nesse sentido, o Chile baseia-se em evidências geográficas, topográficas e históricas para afirmar que as nascentes do Silala fluíam da Bolívia para o Chile mesmo antes da canalização. Essa tese encontra subsídio em estudos realizados em 2009 por uma empresa boliviana responsável pela análise do potencial hidroelétrico do Silala.

Esses estudos incluem estudo topográfico que teria demonstrado que os canais foram construídos para tornar mais eficiente o fluxo de água, não havendo desvio no sentido do rio.¹⁰¹ Em consonância com esses indícios, um estudo realizado em 2017 por uma comissão de especialistas do Chile, em colaboração com o *Servicio Nacional de Geología y Minería* (SERNAGEOMIN), constatou que a formação atual do Silala foi consolidada há 11.500 anos, e que o surgimento do vale de drenagem que possibilita o fluxo transfronteiriço data de aproximadamente 4 milhões de anos atrás.¹⁰²

⁹⁹ “El canal sería una construcción artificial hecha por el hombre para conducir el paso del agua por un lugar a través del cual nunca ha fluido en forma natural. Un río canalizado supone la existencia previa de un curso de agua que fluye en forma natural, y su canalización se realiza para evitar desbordes en época de crecidas, o para reducir la evaporación. En términos de derecho, un río canalizado no pierde su condición de río; tal es el caso del Silala”. Horzella, Barbara, *op. cit.*, pp. 3 e 4.

¹⁰⁰ Corporación Minera de Bolivia, “SERGEOMIN: el Silala no es un río, es un manantial”, Bolívia, 2018, disponível em: <http://www.comibol.gob.bo/index.php/24-noticias-inicio/1736-sergeomin-el-silala-no-es-un-rio-es-un-manantial>; Republica de Chile, *op. cit.*

¹⁰¹ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, pp. 595-597.

¹⁰² Sernageomin, “Curso fluvial del río Silala tendría 11.500 años”, Chile, 2017, disponível em: <http://www.sernageomin.cl/curso-fluvial-del-rio-silala-tendria-11-500-anos/>.

Em contrapartida, a Bolívia baseia-se em um estudo realizado pelo *Servicio Geológico y Técnica de Minas de Bolivia* (SERGEOTECMIN) para afirmar que grande parte dessas nascentes fluem por meio de pequenos canais artificiais que se unificam em um canal principal no território boliviano.¹⁰³ O estudo sugeriu, em síntese, que o Silala seria exclusivamente fruto de obras artificiais, não possuindo, assim, as características essenciais de um sistema hidrológico natural.¹⁰⁴ Conforme um acadêmico boliviano:

Pelos diversos estudos e investigações realizados por especialistas no campo, pode-se concluir que as águas do Silala são mananciais e que, em consequência, não configuram, em sentido estrito, um rio. Embora essas águas fluam de um lugar a outro, não o fazem de forma natural, pois foi necessário construir diversas estruturas para sua captação e transporte [...] Dessa informação conclui-se que os olhos de água ou mananciais de onde provém estas águas estão localizados integralmente em território boliviano.¹⁰⁵

Segundo um dos maiores defensores da teoria do “mito do Silala”, Antonio Bazoberry, o Silala não passaria de uma invenção do engenheiro que estava a serviço do Chile na época da concessão da permissão para a canalização. A argumentação apresentada funda-se na suposta manipulação de mapas à época da canalização e no estudo realizado em 2003 pelo SERGEOTECMIN sobre o Silala.

Como se pode observar, ainda não foi realizado um estudo exaustivo e imparcial que determinasse a natureza das águas do Silala, de forma que essa matéria fática permanece em aberto.¹⁰⁶ Assim, ainda restam diversos elementos probatórios a serem produzidos no caso, podendo este ser significativamente influenciado em decorrência da prevalência de determinados aspectos factuais.

¹⁰³ Mulligan, Brendan e Eckstein, Gabriel, *op. cit.*, pp. 595-597.

¹⁰⁴ Quiroga, Antonio, *op. cit.*, pp. 24-30.

¹⁰⁵ “Por los diversos estudios e investigaciones realizados por especialistas en el campo, se puede concluir que las aguas del Silala son manantiales y que, por consiguiente, no configuran, en sentido estricto, un río. Si bien estas aguas discurren de un lugar a otro, no lo hacen de manera natural, pues ha sido necesario construir diversas obras para su recolección y transporte [...] De esta información se desprende que los ojos de agua o manantiales de donde proviene esta agua están ubicados, en su integridad, en territorio boliviano”. Horzella, Barbara, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁶ Escobari, Andrés, *op. cit.*, pp. 17 e 18.

É importante ressaltar que a discussão conceitual dos termos científicos não deve ser confundida com o elemento central da disputa, que é o enquadramento jurídico do Silala. O fluxo artificial ou natural desse sistema hídrico interfere diretamente nas variáveis jurídicas que foram analisados no capítulo anterior, mas esse não é o único elemento que deve ser considerado na classificação jurídica de um recurso hídrico transfronteiriço, devendo também ser abordada a questão da existência de uma desembocadura comum, como previamente demonstrado.

Em síntese, os Estados litigantes do caso Silala disputam fortemente a natureza dos fatos históricos e científicos que circundam a controvérsia. Essas visões antagônicas são defendidas e reproduzidas de forma evidentemente parcial pela doutrina e imprensa dos dois países, o que dificulta a tarefa de reconstituir os fatos por meio de uma lógica coerente e consistente. Entretanto, esse antagonismo radical possibilita também a análise das consequências jurídicas imediatas das versões apresentadas pelas partes frente ao direito internacional, o que seria inviável em um cenário de posicionamentos mais convergentes. Assim, resta claro que, apesar das incertezas quanto aos aspectos científicos que permeiam a controvérsia acerca do Silala, a construção adotada pela CIJ quanto ao escopo do regime jurídico dos cursos d'água internacionais poderá elucidar o enquadramento de diversos outros recursos hídricos transfronteiriços que se encontram nos limites desse conceito. Assim, esse movimento será de suma importância para a gestão de recursos hídricos compartilhados em todo o mundo.

IV. CONCLUSÃO

O caso Silala levanta os questionamentos mais controversos no âmbito do direito aplicável a cursos d'água internacionais, e o julgamento dessa que-rela terá efeitos significativos na gestão integrada de recursos hídricos por todo o mundo. Resta claro que a CIJ possui uma ampla margem de argumentação jurídica para deferir ou indeferir a aplicação do direito dos cursos d'água internacionais ao Silala. Além disso, os novos elementos probatórios que serão trazidos ao caso certamente terão uma forte influência so-

bre o resultado da controvérsia, visto que há discordância das partes sobre diversos pontos fundamentais do contexto fático. A definição dos cursos d'água internacionais ainda possui muito espaço para ser desenvolvida, visto que cada sistema hídrico tem características peculiares que integram e complementam o seu todo unitário, de forma que sempre surgirão novos questionamentos sobre a abrangência do escopo geográfico desse termo, uma análise que perpassa uma cada vez mais complexa consideração de razoabilidade.

Além disso, as próprias consequências do enquadramento jurídico de determinados sistemas hídricos na definição de curso d'água internacional ainda permanecem incertas, sendo que nenhum caso similar havia antes sido julgado exclusivamente sob a égide do regime jurídico costumeiro dos cursos d'água internacionais. Dessa forma, mesmo que a CIJ tenha tido a oportunidade de tecer contribuições essenciais à compreensão e aplicação dos princípios do uso equitativo de recursos compartilhados e da cooperação em casos fundados em supostas violações de normas convencionais, o caso Silala pode eventualmente ser o primeiro precedente a discutir as extensões e consequências dessas normas costumeiras de forma mais sistemática.

Assim, com os possíveis cenários que se apresentam em face dos pressupostos adotados, é possível observar que a CIJ terá que se debruçar sobre questões jurídicas complexas que se conectam à decisão central em relação ao enquadramento jurídico do Silala. Independentemente da efetiva classificação do Silala enquanto um curso d'água internacional, a essência das potenciais contribuições que a CIJ pode trazer ao direito internacional estão nas justificativas que serão utilizadas para tal. Portanto, atrelado ao futuro do Silala está o futuro do direito dos cursos d'água internacionais, que poderá ser amplamente influenciado não apenas pelo resultado, mas também pelo raciocínio jurídico que o sustentará.

Dessa forma, mesmo que seja ainda muito cedo no presente estado do processo do caso Silala para formular considerações conclusivas sobre os elementos jurídicos disputados pelas partes litigantes, é evidente que matérias de grande relevância para o direito internacional podem ser influenciadas através do julgamento dessa controvérsia. Independentemente do posicionamento que a CIJ decidir adotar, é possível constatar que o caso Silala trará grandes contribuições para o direito internacional.

V. AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é resultado de pesquisa orientada pelo Prof. Lucas Carlos Lima, a quem agradeço imensamente pelas valiosas contribuições, que tornaram essa produção possível. Agradeço também ao Prof. Maurizio Arcari e ao Prof. Aziz Saliba pelos proveitosos comentários. Ressalta-se, entretanto, que todas as eventuais falhas são de exclusiva responsabilidade do autor.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ARCARI, Maurizio, “The Codification of the Law of International Watercourses: The Draft Articles Adopted by the International Law Commission”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Espanha, vol. 13, 1997.
- ARCARI, Maurizio, “The Draft Articles on the Law of International Watercourses Adopted by the International Law Commission: An Overview and some Remarks on Selected Issues”, *Natural Resources Forum*, vol. 21, núm. 3, 1997.
- ARCARI, Maurizio e TANZI, Attila, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing*, Holanda, Kluwer Law International, 2001.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, *Fresh Water in International Law*, Oxford University Press, 2013.
- CAFLISCH, Lucius, “Règles Générales du Droit des Cours d’Eau Internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill-Nijhoff, vol. 219, 1989.
- CAVALCANTI, Themistocles, “Problemas Jurídicos dos Rios Internacionais”, *Revista de Ciência Política*, Brasil, vol. 23. núm. 3, 1980.
- CORPORACIÓN MINERA DE BOLIVIA, “SERGEOMIN: el Silala no es un río, es un manantial”, Bolívia, 2018, disponível em: <http://www.comibol.gob.bo/index.php/24-noticias-inicio/1736-sergeom-in-el-silala-no-es-un-rio-es-un-manantial>.
- ECKSTEIN, Gabriel, “The Silala Basin: One of the Most Hydropolitically Vulnerable Basins in the World”, Estados Unidos da América, 2011, dis-

- ponível em: <https://www.internationalwaterlaw.org/blog/2011/10/27/the-silala-basin-one-of-the-most-hydropolitically-vulnerable-basins-in-the-world/>.
- ECKSTEIN, Gabriel e ECKSTEIN, Yoram, “A Hydrogeological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 19, 2003.
- “El Diario alertó que Chile usó indebidamente aguas del Silala”, *Bolivia, El Diario*, 2016, disponível em: http://www.eldiario.net/noticias/2016/2016_04/nt160408/principal.php?n=63&el-diario-alerto-que-chile-uso-indebidamente-aguas-del-silala.
- ESCOBARI, Andrés, “Los conflictos entre Bolivia y Chile”, *Revista Macroregiones y Fronteras*, *Bolivia*, núm. 11, 2016.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Canciller: Bolivia no amenaza y tiene derecho a ejercer soberanía sobre el Silala”, *Bolivia*, disponível em: <http://www.comunicacion.gob.bo/?q=20160324/20873>.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA E REPUBLICA DE CHILE, “El acuerdo inicial sobre el Silala, o Siloli”, *Estados Unidos da América*, artigo 6o., disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regional_docs/Silala/SilalaAgreement2009_Spanish.pdf.
- FUENTES, Ximena, “Solicitud de inicio de procedimiento de la República de Chile contra el Estado Plurinacional de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia por el aprovechamiento de las aguas del río Silala (6 de junio del 2016)”, *Revista Tribuna Internacional*, *Chile*, vol. 5, núm. 9, 2016.
- FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, “Silala: las aguas de la discordia”, *Ideias & Propuestas*, *Chile*, núm. 39, 2009, p. 2, disponível em: https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2018/05/iyip_39.pdf.
- GALLAND, Franck, “L’eau: un problème stratégique pour le nord du Chili”, *GÉOÉCONOMIE*, *França*, núm. 49, 2009.
- HORZELLA, Barbara, “Negociaciones en torno al río Silala”, *Chile*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2016, disponível em: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmlD=13501>.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Réglementation internationale de l’usage des cours d’eau internationaux en dehors de l’exercice du droit de navigation. Session de Madrid (1911)”, *Suíça*, Institut de Droit International, 1911, disponível em: http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1911_mad_01_fr.pdf.

- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation). Session de Salzbourg (1961)”, Suíça, Institut de Droit International, 1961, disponível em: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1961_salz_01_fr.pdf.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)”, Holanda, International Court of Justice, 1997, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Case of the Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile vs. Bolivia*)”. Order of 15 November 2018”, Holanda, International Court of Justice, 2018, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20181115-ORD-01-00-EN.pdf>.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Case of the Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (*Bolivia vs. Chile*)”, Holanda, International Court of Justice, 2018, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “The Helsinki Rules”, Estados Unidos da América, International Law Association, 1966, artigo II, disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/Helsinki_Rules-original_with_comments.pdf.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Draft Articles on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses and Commentaries Thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1994, vol. II, part two.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 2008, vol. II, part two, artigo 2o.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Third Session, 29 April-19 July 1991, Official Records of the General Assembly, Forty-Sixth Session, Supplement No. 10”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991, vol. II, part two.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session, 3 May-23 July 1993, Offi-

- cial Records of the General Assembly, Forty-Eighth Session, Supplement No. 10”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1993, vol. II, part two.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Summary Record of the 1554th Meeting”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1979, vol. 1.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Summary Record of the 2213th Meeting”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Summary Record of the 2309th Meeting”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1993, vol. I.
- KEARNEY, Richard, “First Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.
- LIMA, Lucas, “The Silala Waters Dispute before the ICJ and the Law on the use of International Rivers for Non-Navigational Purposes”, *Questions of International Law*, Itália, vol. “Zoom-In” 39, 2017.
- MCCAFFREY, Stephen, “Seventh Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1991, vol. II, núm. 1.
- MCCAFFREY, Stephen, “The UN Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses: Prospects and Pitfalls”, Suíça, p. 18, disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/cwc/legal/UNConvention_McCaffrey.pdf.
- MESHEL, Tamar, “What’s in a Name? The Silala Waters and the Applicability of International Watercourse Law”, *Questions of International Law*, Itália, vol. “Zoom-In” 39, 2017.
- MULLIGAN, Brendan e ECKSTEIN, Gabriel, “The Silala/Siloli Watershed: Dispute over the Most Vulnerable Basin in South America”, *Water Resources Development*, Estados Unidos da América, vol. 27, núm. 3, 2011.
- QUIROGA, Antonio, “El mito del Silala”, Bolívia, 2002, p. 24, disponível em: http://antoniobaz.orgfree.com/descargas/Libro_Mito_Silala.pdf.

- REPUBLIC OF FINLAND, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.
- REPUBLICA ARGENTINA, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.
- REPUBLICA DE CHILE, “Case of the Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile vs. Bolivia*). Application Instituting Proceedings”, Holanda, International Court of Justice, 2016, pp. 10-20, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-EN.pdf>.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, “Declaration of Asunción on the Use of International Rivers”, Itália, disponível em: <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e03.htm>.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.
- RIEU-CLARKE, ALISTER *et al.*, *UN Watercourses Convention: User’s Guide*, Escócia, IHP-HELP Centre for Water Law, Policy and Science, 2012.
- ROSENSTOCK, Robert, “Second Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1994, vol. II, núm. 1.
- ROSSI, Christopher, “The Transboundary Dispute Over the Waters of the Silala/Siloli”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, núm. 1, 2017.
- SCHWEBEL, Stephen, “First Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1979, vol. II, núm. 1.
- SCHWEBEL, Stephen, “Second Report on the Law of Non-Navigational uses of International Watercourses”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1982, vol. II, núm. 1.
- SERNAGEOMIN, “Curso fluvial del río Silala tendría 11.500 años”, Chile, 2017, disponível em: <http://www.sernageomin.cl/curso-fluvial-del-rio-silala-tendria-11-500-anos/>.

- SETTE-CÂMARA, José, “Pollution of International Rivers”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Holanda, Leiden, Brill-Nijhoff, vol. 186, 1984.
- TECLAFF, Ludwik, “Evolution of the River Basin Concept in National and International Water Law”, *Natural Resources Journal*, Estados Unidos da América, vol. 36, núm. 2, 1996.
- UNITED NATIONS, “UN Watercourses Convention”, Estados Unidos da América, disponível em: <http://www.unwatercoursesconvention.org/the-convention/>.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME, *Hydropolitical Vulnerability and Resilience along International Waters*, Quênia, UNEP, 2007.
- UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, “Status of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses”, Estados Unidos da América, disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en.
- UNITED STATES OF AMÉRICA, “Replies of Governments to the Commission’s Questionnaire”, *Yearbook of the International Law Commission*, Estados Unidos da América, Organização das Nações Unidas, 1976, vol. II, núm. 1.
- VON CHRISMAR, Julio, “El Silala es un río y como tal debe ser considerado”, *Política y Estrategia*, Chile, núm. 93, 2004.
- VUCIC, Mihajlo, “Silala Basin Dispute. Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse”, *Belgrade Law Review*, Sérvia, núm. 4, 2017.
- WESCOAT, James, “Beyond the River Basin: Changing Geography of International Water Law Problems and International Watercourses Law”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Estados Unidos da América, vol. 3, núm. 1, 1992.

El derecho internacional de aguas desde una perspectiva latinoamericana: ¿convenciones universales, acuerdos regionales o mantener el *statu quo* en la región?

*The International Water Law from a Latin
American Perspective: Universal Conventions,
Regional Agreements, or Maintaining
the Statu Quo in the Region?*

*Droit international de l'eau d'un point de vue
latino-américain: conventions universelles, accords
régionaux ou maintien du statu quo dans la région?*

María Ángela Sasaki Otani*

SUMARIO: I. *Antecedentes: las convenciones universales de 1992 y 1997.*
II. *Sobre las fuentes del derecho internacional de aguas.* III. *Reflexiones des-*
de una perspectiva latinoamericana: ¿convenciones universales o acuerdos
regionales? IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

* Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1630-5242>, sasaki.ma@pucp.edu.pe.

Artículo recibido el 23 de mayo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 269-293
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Ningún país latinoamericano es parte del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (1992) ni de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (1997). Entonces, cabe preguntarse ¿hasta qué punto ambas convenciones —que tienen un alcance universal— son un reflejo fiel de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho internacional de aguas? Al parecer, tanto el surgimiento como el contenido de ambas convenciones omiten prácticas más cercanas a la realidad latinoamericana. Por lo tanto, resulta necesario abrir el debate y discutir la pertinencia de adoptar acuerdos regionales o mantener el *statu quo* en la región.

Palabras clave: derecho internacional de aguas (DIA), costumbre internacional, principios generales de derecho, cursos de agua y lagos internacionales, hidrodiplomacia.

ABSTRACT: No Latin American country is neither party to the “Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes” (1992) nor party to the “Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses” (1997). Consequently, it is worth asking how far both conventions — which have universal scope, faithfully reflect the international custom and the general principles of International Water Law. Apparently, the emergence and the content of both conventions omit closer practices to the Latin American reality. Therefore, it is necessary to open a debate and discuss about the adequacy of adopting regional agreements or maintaining the status quo in the region.

Key words: international water law, customary international law, general principles of law, watercourses and international lakes, hydrodiplomacy.

RÉSUMÉ: Aucun pays d’Amérique latine n’est partie à la «Convention sur la protection et l’utilisation des cours d’eau transfrontières et des lacs internationaux» (1992), et à la «Convention sur le droit des utilisations des cours d’eau internationaux à des fins de non-navigación» (1997). On peut donc se demander, dans quelle mesure les deux conventions —qui ont une portée universelle— sont-elles un reflet fidèle de la coutume internationale et des principes généraux du droit international de l’eau ? Il semble que l’émergence et le contenu des deux conventions omettent des pratiques plus proches de la réalité latino-américaine. Il est donc nécessaire d’ouvrir le débat et de discuter de la pertinence de l’adoption d’accords régionaux ou du maintien du *statu quo* dans la région.

Mots-clés: droit international de l’eau (DIA), coutume internationale, principes généraux du droit, cours d’eau et lacs internationaux, hydrodiplomatie.

I. ANTECEDENTES: LAS CONVENCIONES UNIVERSALES DE 1992 Y 1997

En 1970 la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la CDI) inició el estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, a fin de lograr su desarrollo progresivo y codificación. Tras un largo proceso de casi 30 años, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó, en Nueva York (1997), la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (en adelante la Convención de 1997),¹ e instó a los países miembros y a las organizaciones regionales de integración económica a ser partes de dicha Convención.² Sin embargo, los Estados dieron fuertes evasivas y demoraron su entrada en vigor, acaecida recién, en el 2014, cuando se alcanzaron las 35 ratificaciones necesarias para ello.

De igual manera, la CDI también preparó artículos sobre los acuíferos transfronterizos. Así, en el ámbito de las Naciones Unidas “el proceso codificador [...] ha identificado y declarado o —en su caso— cristalizado algunos principios y normas consuetudinarias existentes, tanto en torno a los cursos de agua internacionales como en relación con los acuíferos transfronterizos”.³

Por su parte, en el ámbito regional sobresale el caso europeo, en el que los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario beneficiaron ese esfuerzo codificador. Ello conformó un derecho regional de aguas de obligatorio cumplimiento (Directiva 2000/60/CE). Asimismo, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas aprobó, en Helsinki (1992),⁴ la Convención sobre la Protección y Utilización de los Cur-

¹ A/RES/51/229, Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, 8 de julio de 1997, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/51/229>.

² Cfr. Pinto, Mauricio *et al.*, “El derecho internacional de aguas en América Latina y el Caribe. Desarrollo actual y perspectivas”, *Agua, ambiente y energía: aportes jurídicos para su vinculación*, Buenos Aires, Lajouane, 2017, p. 150.

³ *Idem.*

⁴ ECE/MP.WAT/41, Convención sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, 17 de marzo de 1992, disponible en: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_Text/Convention_text_SPA.pdf.

dos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (en adelante la Convención de 1992), la cual fue enmendada en el 2003 por los Estados europeos, a fin de permitir su *universalización* mediante la adhesión de los demás países miembros de las Naciones Unidas.

No obstante, lo que resulta esclarecedor es la falta absoluta de adhesión de los países latinoamericanos a las convenciones ya mencionadas (de 1992 y 1997). Entonces, cabe preguntarse ¿hasta qué punto ambas convenciones son un reflejo fiel de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho internacional de aguas? Al efecto, buscaremos identificar *el estándar mínimo común del derecho internacional de aguas (no convencional)*, conformado por la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

II. SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE AGUAS

Sobre las fuentes del derecho internacional en general, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la CIJ) establece lo siguiente:

- 1) La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
- 2) La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

En el caso concreto del derecho internacional de aguas (en adelante DIA), las convenciones de 1992 y 1997 no han tenido una recepción uni-

versal por la comunidad internacional. En ese sentido, se cuestiona si sus disposiciones poseen o no necesariamente un carácter consuetudinario. A nuestro parecer, algunas de sus disposiciones sí tienen un carácter consuetudinario o constituyen principios generales de derecho. En particular, la Convención de 1997 fue tomada en cuenta por la CIJ para instaurar la vigencia de los principios del DIA, incluso con anterioridad a su vigencia.⁵

Al efecto, buscaremos identificar la existencia de un *estándar mínimo común* del DIA, para luego advertir la presencia de nuevas normas y obligaciones internacionales del DIA en ambas convenciones y sus posibles implicancias y riesgos para la región.

1. *En búsqueda de un estándar mínimo común del DIA (no convencional) conformado por la costumbre internacional y los principios generales de derecho*

Para empezar, por *estándar mínimo común* entendemos el conjunto de elementos mínimos, básicos, comunes o universales que serían de obligatorio cumplimiento; es decir, las costumbres internacionales y los principios generales que deben cumplir todos los Estados, aún en el supuesto de que no sean parte de tratado alguno, bajo pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Según el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, el DIA de carácter *no convencional*⁶ estaría conformado por:

- La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.⁷

⁵ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgement, I. C. J. Reports, 1997, p. 7, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁶ Véase “Derecho internacional de aguas”, en Lane, Oliver (coord), *Derecho internacional de aguas en América Latina. Manual de capacitación*, Asociación Mundial para el Agua, 2015, pp. 36 y ss., disponible en: https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam_files/programas/dai/manual-derecho-de-aguas-internacionales.pdf.

⁷ “La costumbre internacional está constituida por la conducta constante y uniforme de los Estados, junto con su convicción de que la naturaleza obligatoria de dicha conducta es de conformidad con una norma judicial (*opinio iuris*)”. Véase Wood, Michael, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, Comisión de Derecho Interna-

- Los principios generales de derecho.
- Como *medio auxiliar*, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

Al respecto, resulta conveniente precisar que, si bien en muchos casos los principios generales de derecho y las costumbres internacionales pueden coincidir en sus contenidos, los primeros no dependen de la práctica constante y uniforme de los Estados ni de su respeto efectivo. Es cierto que la práctica brinda una mayor fuerza a los principios, pero no es una condición para su existencia. Por tanto, los Estados se encuentran vinculados más allá de su participación en la formación o no del principio.⁸

A continuación, con el apoyo de los tratados existentes sobre la materia y los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho; es decir, las decisiones judiciales y la doctrina especializada en la materia, pasaremos a identificar las costumbres internacionales y los principios generales de derecho que conforman el *estándar mínimo común* del DIA:

- 1) El uso razonable y equitativo de las aguas compartidas, teniendo en cuenta el caso de actividades que causen, o puedan causar, un impacto transfronterizo.⁹

cional de las Naciones Unidas, 2014, disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_672.pdf.

⁸ Cfr. Salmón, Elizabeth, *Curso de derecho internacional público*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, pp. 248 y 249.

⁹ Convención de 1992, artículo 2o.; Convención de 1997, artículos 5o. y 6o.; Case Relating to the Territorial jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Permanent Court of International Justice, Serie A, No. 23, 1929, disponible en: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf; The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Report of the Fifty-Second Conference, International Law Association, pp. 484-532, 1966, disponible en: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as_amended.pdf; Water Resources Law. Berlin Conference, International Law Association, 2004, disponible en: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf; Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, Mekong River Commission, 1995, disponible en: <http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/policies/agreement-Apr95.pdf>; Agreement on the Nile River Basin Cooperative Framework, Nile Basin Initiative, 2009, disponible en: <https://nilebasin.org/images/docs/CFA%20-%20English%20%20FrenchVersion.pdf>; A/RES/63/124, Resolución aprobada por la Asamblea General, 11 de diciembre de 2008, artículos 4o. y 5o., disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/63/124>.

- 2) La obligación de no causar daños sensibles¹⁰ a otros Estados del curso de agua.¹¹
- 3) La conservación y, cuando sea necesaria, la restauración de los ecosistemas.¹²
- 4) Los principios de prevención y precaución. El primero es, indudablemente, de carácter consuetudinario; el segundo, una costumbre internacional emergente.¹³ Por ejemplo, no podrán postergarse las medidas destinadas a evitar la liberación de sustancias tóxicas, incluso en ausencia de un vínculo causal probado entre dichas sustancias y su impacto transfronterizo.¹⁴
- 5) El principio de “el que contamina paga”, en virtud del cual los costos de las medidas de prevención, control y reducción de la contaminación correrán a cargo del contaminador.¹⁵
- 6) El principio de la evaluación del impacto ambiental (EIA).¹⁶

¹⁰ Por sensible se debe entender que “es algo más que detectable pero sin que llegue a alcanzar el nivel de grave o circunstancial”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Ginebra, 1996, vol. II, segunda parte, p. 119, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf.

¹¹ *Uso industrial y agrícola de los ríos internacionales*, Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, Unión Panamericana, 1933, punto 3, disponible en: <http://www.fao.org/3/ak459S/ak459S.pdf>.

¹² Convención de 1992, artículo 2o.; Convención de 1997, artículo 20; A/RES/63/124, *cit.*, artículo 10, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/63/124>.

¹³ Este principio todavía se encuentra en evolución. Véase División de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 1992, principio 15, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>; Ley de Recursos Hídricos del Perú (Ley No. 29338), 2009, artículo 3o., disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29338.pdf>.

¹⁴ Aunque este principio todavía está en evolución, lo hemos considerado, ya que es desarrollado por “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Para mayor detalle véase *Manual para la gestión integrada de recursos hídricos en cuencas*, Asociación Mundial para el Agua y Red Internacional de Organismos de Cuenca, 2009, pp. 32-33, disponible en: https://www.rioc.org/IMG/pdf/RIOC_GWP_Manual_para_la_gestion_integrada.pdf.

¹⁵ Véase A/CONF.48/14/Rev.1, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 5 al 16 de junio de 1972, principio 22, p. 5, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>.

¹⁶ Véase: Dalfiume, Sandra, *Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación*, Lima, Universidad del Pacífico, 2018, disponible en: <http://hdl.handle.net/11354/2160>.

- 7) El intercambio regular de datos e información.¹⁷
- 8) Los principios de reciprocidad, buena fe y buena vecindad.¹⁸ En particular, el principio de buena fe, a fin de concertar los acuerdos del curso de agua.¹⁹
- 9) La obligación general de cooperar y el principio de la cooperación internacional.²⁰ Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe, a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.
- 10) La resolución pacífica de controversias.²¹

En el presente caso, como se puede observar, dentro de este *estándar mínimo común* se han considerado los principios de precaución y “el que contamina paga”, así como el intercambio regular de datos e información. Si bien se podría cuestionar y señalar que estos principios o costumbres aún se encuentran en *evolución* y que, por ende, tienen únicamente el carácter de *emergentes* en el DIA, cabe resaltar lo siguiente sobre los tres conceptos mencionados:

- Representan, en el fondo, mecanismos para materializar y concretar la obligación general de cooperación entre los Estados.
- Se encuentran recogidos en distintos instrumentos internacionales (así como en las legislaciones nacionales).
- Cuentan con el apoyo de numerosas decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones

¹⁷ Convención de 1997, artículo 9o.; A/RES/63/124, *cit.*, artículo 8o., disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/63/124>; Ley de Recursos Hídricos del Perú, *cit.*, artículos 18 y 111, disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29338.pdf>.

¹⁸ A/RES/2625(XXV), Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970, disponible en: [https://www.undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.undocs.org/es/A/RES/2625(XXV)).

¹⁹ Convención de 1997, artículos 3o., 4o., 17 y 31.

²⁰ A/RES/3281(XXIX), Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 12 de diciembre de 1974, artículo 3o., disponible en: [https://undocs.org/es/a/res/3281\(XXIX\)](https://undocs.org/es/a/res/3281(XXIX)).

²¹ *Uso industrial y agrícola de los ríos internacionales*, *cit.*, puntos 9 y 10, disponible en: <http://www.fao.org/3/ak459S/ak459S.pdf>.

(como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59).

- Sobre la base del artículo 59 de su Estatuto, la CIJ podría tomar una decisión que no sea obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Es decir, en algún caso concreto, cabría la posibilidad que la CIJ otorgue, por ejemplo, un mayor peso a la *opinio iuris* que a la práctica constante y uniforme de los Estados, tomando en especial consideración la naturaleza protectora y tuitiva del derecho ambiental o el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

Hecha esta aclaración, cabe advertir adicionalmente que si un tratado no está en vigor respecto de un Estado, dicha situación no menoscaba que el *estándar mínimo común* del DIA (no convencional) se aplique, puesto que tal Estado deberá cumplir el derecho internacional en general (independientemente de ese tratado).

2. *La presencia de nuevas normas y obligaciones internacionales del DIA (convencional) en las convenciones universales de 1992 y 1997*

Las convenciones de 1992 y 1997 van más allá del *estándar mínimo común* del DIA, ya que desarrollan y concretizan aún más la costumbre internacional y los principios generales de derecho. A manera ilustrativa y no exhaustiva, se mencionan las nuevas disposiciones más resaltantes: mejorar la calidad del agua,²² usar la mejor tecnología disponible,²³ aplicar las directrices para establecer las mejores prácticas medioambientales,²⁴ establecer órganos conjuntos,²⁵ realizar consultas²⁶ y prestarse ayuda mutua previa solicitud,²⁷ entre otras.

²² Convención de 1992, artículo 9o.

²³ *Ibidem*, Anexo I.

²⁴ *Ibidem*, Anexo II.

²⁵ Convención de 1992, artículo 9o.; Convención de 1997, artículo 24.

²⁶ Convención de 1992, artículo 10; Convención de 1997, artículo 6o.

²⁷ Convención de 1992, artículo 15.

Asimismo, otra disposición especialmente resaltante es la posibilidad de adaptar y armonizar los acuerdos de cursos de agua, de conformidad con los principios básicos de los convenios ya citados. Sobre este punto cabe señalar que, en Latinoamérica, varios de estos acuerdos se encuentran incluidos, precisamente, en los tratados de límites, por lo tanto, se podría abrir la puerta para tocar el texto de estos tratados, a fin de renegociar los acuerdos de cursos de agua contenidos en éstos, con el objetivo de armonizarlos con la Convención de 1997,²⁸ lo cual no sería deseable para muchos países de la región, menos aun cuando aquella establece que “salvo acuerdo o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos”.²⁹

Adicionalmente, se establecen *normas procedimentales* que exigen el cumplimiento de ciertos métodos y plazos específicos. Esto se puede ver, por ejemplo, en el procedimiento respecto de las medidas proyectadas,³⁰ así como en el procedimiento sobre la solución de controversias, el cual incluye la posibilidad de un arbitraje reglado.³¹

III. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA: ¿CONVENCIÓNES UNIVERSALES O ACUERDOS REGIONALES?

De acuerdo con la doctrina, la presencia de nuevas normas y obligaciones internacionales en las convenciones de 1992 y 1997 deja a los países latinoamericanos las siguientes alternativas disponibles: i) la ratificación *en bloque* de las convenciones de 1992 y 1997 que tienen un alcance universal, y/o ii) la adopción de acuerdos regionales. Ambas opciones (juntas o por separado)

...permitirían no sólo uniformar y universalizar reglas aplicables a situaciones generales o no reguladas en particular, sino también brindar seguridad jurídica sobre principios generales que enmarquen el alcance y la interpretación de los acuerdos

²⁸ Convención de 1997, artículo 3o.

²⁹ *Ibidem*, artículo 10.

³⁰ *Ibidem*, artículos 11 al 19.

³¹ Convención de 1992, artículo 22; Convención de 1997, artículo 33.

específicos que vinculan a las partes, facilitando una coordinación entre los marcos jurídicos generales y particulares de cada cuenca o ámbito específico.³²

1. Posibles razones por las que ningún país latinoamericano es parte de las convenciones universales de 1992 y 1997

A continuación, pasaremos a cuestionar el alcance “universal” de ambas convenciones, lo cual ayudaría a explicar, en cierta manera, por qué ningún país latinoamericano es parte de ellas.

A. Ambas convenciones presentan una fuerte influencia europea y omiten prácticas más cercanas a la realidad latinoamericana

En el presente caso, hemos advertido que, si bien ambas convenciones tienen una vocación “universal”, no han tenido acogida en la comunidad internacional, especialmente en Latinoamérica. Al respecto, cabría preguntarse si las convenciones de 1992 y 1997 se tratarían, en realidad, de prácticas europeas que se postularían como normas universalmente aplicables. En esta línea, Antony Anghie ha advertido que “In particular, we see in Vitoria’s work the enactment of a formidable series of maneuvers by which European practices are posited as universally applicable norms with which the colonial peoples must conform if they are to avoid sanctions and achieve full membership”.³³

Por ejemplo, la Convención de 1992 nació en el ámbito regional específico de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, pero en el 2003 los países europeos enmendaron dicha Convención, a fin de permitir su universalización mediante la adhesión de los demás países miembros de las Naciones Unidas.

Actualmente, la Convención de 1997 cuenta con 37 Estados parte (de los cuales 16 son europeos)³⁴ y la Convención de 1992 con 27 (todos países

³² Pinto, Mauricio, *et al.*, *op. cit.*, p. 162.

³³ Anghie, Antony, “Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International law”, *Social and Legal Studies*, Thousand Oaks, vol. 5, núm. 3, 1996, p. 332, disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/096466399600500303>.

³⁴ Véase United Nations Treaty Collection, “Status of Treaties, Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses”, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en.

Europeos y euroasiáticos),³⁵ frente a los 193 países que integran las Naciones Unidas. A mayor abundamiento, cabe indicar que muchos países ya son parte de ambos Convenios³⁶ y que son convenientemente compatibles y complementarios entre sí en muchos aspectos, sin que exista contradicción entre ambos.³⁷

En el ámbito de la Unión Europea, los Estados sí se encuentran familiarizados con el concepto de transferencia de competencias soberanas a una organización internacional. En particular, sobre la adopción de la directiva marco del agua se ha señalado que

...el hecho de que se trate de un texto adoptado en una Organización de integración, en la que existe una cesión del ejercicio de competencias soberanas por los Estados miembros, facilita la disposición de estos a encontrar el interés supracomunitario que existe en relación con una cuenca compartida, aceptando si es necesario la subordinación de algún interés particular en beneficio de otros Estados.³⁸

En cambio, en Latinoamérica los Estados son más reticentes al concepto de transferencia de competencias soberanas:

El estudio de los acuerdos transfronterizos existentes revela que, en general, los gobiernos se muestran renuentes a delegar atribuciones en un órgano internacional que no está plenamente subordinado a ellos. Por consiguiente, a las comisiones mixtas y otras entidades transfronterizas sólo se les otorgan poderes para decidir sobre materias estrictamente técnicas. A pesar del escenario político favorable y la voluntad de cooperación entre países, los resultados de las acciones bilaterales y

³⁵ Véase United Nations Treaty Collection, "Status of Treaties, Convention on the Protection and use of Transboundary Watercourses and International Lakes", disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXVII-5-a&chapter=27&clang=_en.

³⁶ Alemania, España, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Noruega y Países Bajos.

³⁷ Véase Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, "Apertura Global del Convenio del Agua de 1992", disponible en: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/brochure/Brochure_on_opening/Brochure_ECE_SPA_PDF_WEB.pdf.

³⁸ Passos, Viviane y Delgado, Francisco, "Algunas reflexiones sobre la gestión integrada de las cuencas hidrográficas compartidas", IX Asamblea general mundial de la red internacional de organismos de cuenca, Fortaleza (Brasil), 13 al 16 agosto de 2013, p. 12, disponible en: https://www.academia.edu/35459415/ALGUNAS_REFLEXIONES SOBRE LA_GESTI%C3%93N_INTEGRADA_DE_LAS_CUENCAS_HIDROGR%C3%81FICAS_COMPARTIDAS.

regionales de cooperación, llevadas a cabo hasta ahora para la gestión de los recursos hídricos compartidos, han sido modestos.³⁹

De igual modo, Estacio advierte las diferencias existentes entre Europa y América Latina en el manejo de las aguas compartidas: “En el caso concreto de América Latina, la práctica de concluir acuerdos específicos sobre recursos hídricos muestra una considerable tradición. Ello es evidente, aunque, igualmente, constituye una particularización regional del Derecho de los Cursos de Agua Internacionales muy acentuada que lo distingue del europeo”.⁴⁰

Por consiguiente, en el mejor de los casos, muchas de las disposiciones de las convenciones de 1992 y 1997 podrían constituir, tal vez, una *costumbre regional europea*, siendo excesivo pretender que sean universalmente aplicables. En particular, el Convenio de 1992 dista demasiado de nuestra realidad latinoamericana, al disponer —de manera un poco onerosa para nuestros países— mejorar la calidad del agua, usar “la mejor tecnología disponible” o aplicar “las mejores prácticas medioambientales”.

En definitiva, concordamos en que ambas convenciones se han adoptado “pensando en otros marcos regionales de aplicación en el que los problemas y los factores en juego no son necesariamente coincidentes”.⁴¹

B. Sobre las particularidades de las aguas compartidas en Latinoamérica

Latinoamérica posee más del 30% de los recursos hídricos del planeta.⁴² Sin embargo, muy pocos de sus cursos de agua y lagos internacionales

³⁹ *Agenda del Agua de las Américas. Metas, soluciones y rutas para mejorar la gestión de los recursos hídricos*, Consejo Mundial del Agua, Sexto Foro Mundial del Agua, 12 al 17 de marzo de 2012, pp. 40 y 41, disponible en: https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-cam_files/agenda-del-agua-de-las-americas.pdf.

⁴⁰ Estacio, Jesús, *Recursos hídricos en el espacio latinoamericano: componentes normativos internacionales de cooperación e integración*, Badajoz, Universidad de Extremadura, 2019, p. 115, disponible en: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/9818/TDUEX_2019_Estacio_Ferro.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴¹ Amaya, Ángela y Salinas, Sergio, “Delimitación, manejo y conservación de las aguas transfronterizas colombianas”, en Embid, Antonio y García, María del Pilar (eds.), *Reflexiones sobre el derecho de aguas en Colombia*, Bogotá, Universidad Zaragoza y Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 276.

⁴² Mahlkecht, Jürgen y Pastén, Ernesto (coords.), *Diagnóstico de los recursos hídricos en América Latina*, México, Pearson Educación, 2013, p. xxiii, disponible en: <https://www.academia>.

poseen mecanismos legales o institucionales.⁴³ En los supuestos en que se han establecido, dichos mecanismos de coordinación acusan una manifiesta *levedad institucional*. En ese sentido, resulta preocupante que, al tratarse de una de las regiones con mayor riqueza hídrica en el planeta, no cuente con un marco normativo regional que permita la aplicación de reglas generales a escenarios que no tienen una regulación propia.⁴⁴

En líneas generales, en nuestra región se puede evidenciar lo siguiente:

- Ausencia de planes de manejo de las cuencas transfronterizas, a nivel interno e internacional.⁴⁵
- Debilidad institucional y una desigualdad o asimetrías en el grado de cooperación y gestión entre los países.
- Inexistencia de un marco normativo regional actual,⁴⁶ que incluya principios que armonicen el régimen jurídico de las aguas compartidas en América Latina.

En mayor o menor medida, aún se observa que la región dista de adaptar sus normas al modelo de la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (GIRH), al derecho ambiental y al DIA. Por consiguiente, a nivel internacional, se reconoce que “el gran desafío de América Latina es desarrollar un mayor número de acuerdos internacionales sobre cuencas transfronterizas, e implementar de manera efectiva aquellos ya existentes”.⁴⁷

[edu/3040349/Diagn%C3%B3stico_de_los_recursos_h%C3%ADricos_en_Am%C3%A9rica_Latina_Diagnostics_of_Latin_American_Water_Resources_](http://3040349/Diagn%C3%B3stico_de_los_recursos_h%C3%ADricos_en_Am%C3%A9rica_Latina_Diagnostics_of_Latin_American_Water_Resources_)

⁴³ Para mayor detalle véase “Cuencas transfronterizas de América”, Hispagua-Sistema Español de Información sobre el Agua, disponible en: <http://hispagua.cedex.es/sites/default/files/especiales/Trasvases/monograficocuenas2012/introduccion.html>.

⁴⁴ Cfr. Maganda, Carmen, “¿Agua dividida, agua compartida? Acuíferos transfronterizos en Sudamérica, una aproximación”, *Estudios Políticos*, Medellín, núm. 32, enero-junio de 2008, pp. 171-194, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/iep/32/CARMEN_MAGANDA.pdf.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ El texto más reciente sobre el tema es de 1933. Véase Séptima Conferencia Internacional Americana, Unión Panamericana, *cit*.

⁴⁷ Wouters, Patricia, “International Law. Facilitating Transboundary Water Cooperation”, *TEC Background Papers*, Estocolmo, núm 17, diciembre de 2013, p. 10, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2363809>.

No obstante, en la práctica, la mayoría de los Estados prefiere actuar de manera privada, unilateral e independiente, a fin de evitar y evadir el control coordinado con los demás países, “práctica que seguirá atentando, no sólo contra el detrimento ambiental de los recursos naturales, sino en contra de la anhelada cooperación regional transfronteriza”.⁴⁸

Más aún, se advierte también que los Estados otorgan *tratamientos diferenciados, según la cuenca transfronteriza (o el país vecino)* que se trate. Sobre este punto, cabe relieves que las convenciones de 1992 y 1997 otorgan derechos a los Estados de la cuenca baja y obligaciones a los de la cuenca alta. Sin embargo, a diferencia del ámbito europeo, en Latinoamérica existen ciertas peculiaridades y particularidades adicionales.

Cabe citar la presencia de la cordillera de los Andes, donde *la altitud y la pendiente* forman la parte alta y baja de una cuenca, lo cual es relevante para el manejo de los recursos hídricos. En primer lugar, si se contamina la parte alta de una cuenca se generan problemas de cantidad y calidad de agua en las partes medias y bajas de dicha cuenca.⁴⁹ En segundo lugar, en la cuenca alta existe una baja productividad en las tierras y en las actividades económicas en general, en contraste con lo que ocurre en la cuenca baja. Por tales motivos, para un país andino que se encuentre en la parte alta de una cuenca transfronteriza será *doblemente oneroso* ser parte en ambas convenciones, con mayor razón cuando éstas carecen de mecanismos de compensación.

Por lo tanto, tomando en cuenta estos datos de la realidad latinoamericana, antes de considerar ser parte de las convenciones de 1992 y 1997, dicho Estado debería:

Considerar que para que las convenciones sean oponibles a los demás Estados, éstos debieran ser también partes de las mismas, de conformidad con el principio del efecto relativo de los tratados. Es decir, no sería muy útil que un Estado suscriba ambas convenciones si sus vecinos fronterizos no se suscriben también.

Tomar en cuenta que, si bien ganará nuevos derechos para exigir, también tendrá nuevas obligaciones para cumplir (oponibles a sus vecinos fronterizos sólo si ellos son partes también).

⁴⁸ Maganda, Carmen, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁹ *Cfr.* Ciudadanos del Perú preocupados por el agua, “Libro Azul para el Perú: una iniciativa sectorial y ciudadana por el agua en el Perú”, Lima, Asociación Civil para la Gestión del Agua en Cuencas AGUA-C, 2016, p. 36., disponible en: <http://www.gestoresdeaguasegura.org/wp-content/uploads/2017/10/Libro-Azul-final.pdf>.

Prepararse *ex ante* para poder cumplir las nuevas disposiciones contenidas en ambas convenciones, tales como: mejorar la calidad del agua de sus cursos de agua y lagos internacionales, usar “la mejor tecnología disponible”, aplicar “las mejores prácticas medioambientales” y establecer órganos conjuntos, entre otras.

Lograr a nivel interno una política nacional clara en cuencas transfronterizas a nivel de las regiones y las entidades administrativas concernidas.

Estudiar todas las cuencas transfronterizas que comparte con sus vecinos para identificar los problemas actuales, las posibles amenazas y las implicancias concretas de darse su adhesión. Dicho en otras palabras, no resultaría conveniente contraer nuevas obligaciones internacionales, exponerse a incumplirlas y ser demandado ante la Corte de La Haya, comprometiendo así la responsabilidad internacional del Estado.

2. Argumentos a favor de la adopción de acuerdos regionales

Tras ensayar las posibles razones por las que ningún país latinoamericano es parte de las convenciones universales de 1992 y 1997, pasaremos a proponer la adopción de acuerdos regionales (multilaterales).

El fracaso en el intento de universalización se ve en este caso agravado por *la inexistencia de un derecho regional de aguas*, a diferencia de lo que sucede en la Unión Europea.⁵⁰ Ese es uno de los principales retos de la cooperación hídrica latinoamericana: la adopción de un régimen convencional general que resulte aceptable para todos, que permita aplicar reglas generales a supuestos que no presentan una regulación particular, y que consagre la seguridad jurídica y la paz hídrica en la región.⁵¹

Concluir un nuevo acuerdo regional, que se acerque más a la realidad latinoamericana, aportaría la garantía de que dicho texto respondiera de manera más exacta a las peculiaridades y particularidades que al respecto existen en la región.⁵²

En consecuencia, ya es hora de poner sobre la mesa la posibilidad de adoptar un nuevo acuerdo regional (multilateral) que incluya, por ejemplo, a los países que comparten la cordillera de los Andes,⁵³ u otro que sustituya

⁵⁰ Cfr. Arias, Ángela y Salinas, Sergio, *op. cit.*, p. 270.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibidem*, p. 271.

⁵³ Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

y actualice la desfasada resolución Declaración sobre el Uso Industrial y Agrícola de los Ríos Internacionales, dada en la VII Conferencia Interamericana de Montevideo, el 24 de diciembre de 1933.

Sea cual fuere el acuerdo regional o multilateral que se elija, se esperaría que éste contenga una regulación marco o supletoria que se ajuste más a las circunstancias y a las necesidades de la región.

En definitiva, el hecho de que ningún país latinoamericano sea parte de las convenciones universales de 1992 y 1997 exige, entonces, que las aguas compartidas deban regularse necesariamente *de forma regional (multilateral) o bilateral* sobre la base del *principio de la cooperación internacional*. De lo contrario, hay un grave riesgo y peligro de que se produzcan conflictos hídricos entre los países vecinos, y con mayor razón cuando la mayoría de las cuencas transfronterizas latinoamericanas carecen de un acuerdo específico.⁵⁴

3. Una tercera vía: mantener el *statu quo* en la región.

*A propósito del caso sobre las aguas del Silala (Chile vs. Bolivia)
ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)*

Tras reflexionar sobre la conveniencia de las convenciones universales o los acuerdos regionales, cabe refrescar y actualizar, entonces, las opciones que tienen los países latinoamericanos:

- a) Ratificar *en bloque* las convenciones universales de 1992 y 1997 y adoptar acuerdos regionales (multilaterales) o bilaterales sobre la base del principio de la cooperación internacional.
- b) Ratificar *en bloque* las convenciones universales de 1992 y 1997 o adoptar acuerdos regionales (multilaterales) o bilaterales sobre la base del principio de la cooperación internacional.
- c) Ninguna de las anteriores; es decir, mantener el *statu quo* en la región, ya que los Estados siempre podrán alegar el *estándar mínimo común* del DIA (no convencional) conformado por la costumbre internacional y

⁵⁴ Por un lado, Centroamérica no cuenta con acuerdos sobre recursos hídricos transfronterizos. Por otro lado, en Sudamérica, de las 38 cuencas transfronterizas, únicamente cuentan con un tratado internacional las del Amazonas, el lago Titicaca, la laguna Merín y del Plata. Además, ningún tratado versa sobre la gestión conjunta de las aguas superficiales y subterráneas, siendo el único sobre aguas subterráneas el del acuífero Guaraní.

los principios generales de derecho, tal como se desarrolló en el numeral 1 del subtema II del presente artículo.

Sobre esta tercera vía podría citarse el caso peruano. A pesar de su escasa legislación sobre el tema, Del Castillo sostiene que “con los instrumentos internacionales ya suscritos con nuestros vecinos y con la costumbre internacional que estaría subyaciendo en ellos tendríamos cubiertas las posibilidades de enfrentar cualquier posible conflicto”.⁵⁵

Además, no existiría impedimento para que los Estados puedan examinar algún caso concreto bajo la luz de las convenciones de 1992 y 1997, *a modo y a título de referencia* y sin ser parte de ellas. En tal caso, dichos tratados no surtirán efectos jurídicos vinculantes, pero podrían utilizarse como un texto referencial sobre la materia y en un contexto en donde el Estado goce de un mayor margen de apreciación discrecional para adoptar una decisión que beneficie sus intereses nacionales, en términos de “hidrodiplomacia”, con base en la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

Si bien antes las fronteras y los límites eran lo más importante y sensible para los Estados, tras delimitarlas, en el siglo XXI, nos encontramos en *la era de la hidrodiplomacia* y la cooperación internacional en el asunto de las aguas compartidas. En efecto, el agua dulce no es un recurso infinito; se estima que su demanda será del 40% para el 2050,⁵⁶ por lo que somos testigos de un claro auge de los conflictos por la escasez de agua —en su cantidad, calidad, disponibilidad y accesibilidad—,⁵⁷ lo que nos permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, del DIA.

Sobre este punto queda pendiente el fallo que emita la CIJ para resolver la controversia sobre la situación y la utilización de las aguas del Silala (Chi-

⁵⁵ Castillo Pinto, Laureano del, “El derecho internacional de aguas: entre la soberanía de los Estados y los esfuerzos por su codificación”, en Guevara Gil, Armando *et al.* (eds.), *El derecho y la gestión de aguas transfronterizas, Quintas Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 87, disponible en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/166033/Quintas%20Jornadas%20del%20Agua.pdf?sequence=1>.

⁵⁶ Cfr. Eliasson, Jan, “La era de la hidrodiplomacia”, *Revista Investigación y Ciencia*, Barcelona, núm. 461, febrero 2015, pp. 49 y ss.

⁵⁷ Véase E/C.12/2002/11, Observación General No. 15 (2002), El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 al 29 de noviembre de 2002, disponible en: <https://www.undocs.org/es/e/c.12/2002/11>.

le vs. Bolivia).⁵⁸ El 6 de junio de 2016 Chile presentó una demanda contra Bolivia, alegando que la extensión total del Silala es de 8.5 km, de los cuales aproximadamente 3.8 km están en territorio boliviano y 4.7 km en territorio chileno. Chile manifestó que el “carácter de curso de agua internacional del río Silala no se había cuestionado nunca hasta que en 1999 Bolivia afirmó, por primera vez, que sus aguas eran exclusivamente bolivianas”. En consecuencia, Chile solicitó a la CIJ que declare mediante sentencia que:

- a) El sistema del río Silala, incluidas sus porciones subterráneas, es un curso de agua internacional, cuya utilización se rige por el derecho internacional consuetudinario;
- b) Chile tiene derecho a *la utilización equitativa y razonable de las aguas* del sistema del río Silala, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario;
- c) Con arreglo al principio de utilización equitativa y razonable, Chile tiene derecho a utilizar las aguas del río Silala como lo hace actualmente;
- d) Bolivia tiene *la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir y controlar la contaminación y otros daños* a Chile que resulten de sus actividades en las cercanías del río Silala;
- e) Bolivia tiene *la obligación de cooperar y notificar oportunamente* a Chile toda medida prevista que pueda tener un efecto negativo sobre los recursos hídricos compartidos, *de intercambiar datos e información y de realizar, cuando proceda, una evaluación del impacto ambiental* a fin de que Chile pueda evaluar los posibles efectos de tales medidas, obligaciones que Bolivia ha incumplido.

El presente fallo será trascendental para los países latinoamericanos que no cuenten con una regulación específica sobre las aguas compartidas, ya que se trata de un caso que dará luces y sombras sobre la viabilidad o no de la tercera vía (mantener el *statu quo* en la región), al brindar una mayor claridad y precisión al *estándar mínimo común del DIA*, conformado por la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

⁵⁸ Para mayor detalle véase “Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile v. Bolivia*)”, I. C. J. Reports, 2019, 18 de junio de 2019, p. 41, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20190618-ORD-01-00-BI.pdf>.

En suma, para sentar las bases para las futuras acciones de los Estados, será ineludible tomar seriamente en cuenta el fallo de la CIJ sobre las aguas del Silala, que, sin duda, marcará un hito en la evolución del DIA en general.

IV. CONCLUSIONES

Las convenciones de 1992 y 1997 no han tenido una recepción universal en la comunidad internacional. En ese sentido, se cuestiona si sus disposiciones poseen o no, necesariamente, un carácter consuetudinario. A nuestro parecer, algunas de sus disposiciones sí tienen un carácter consuetudinario o constituyen principios generales de derecho. En particular, la Convención de 1997 ha sido considerada por la CIJ para instaurar la vigencia de los principios del DIA incluso con anterioridad a su vigencia.

Con el apoyo de los tratados existentes sobre la materia y los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho —es decir, las decisiones judiciales y la doctrina especializada en la materia—, hemos podido identificar de manera preliminar la posible existencia de un *estándar mínimo común* del DIA (no convencional) conformado por costumbres internacionales y principios generales.

Sobre la base de la codificación de costumbres internacionales y principios generales, las convenciones de 1992 y 1997 han logrado construir ejemplos de *desarrollo progresivo* en el DIA en muchos de sus artículos, identificándose la presencia de nuevas normas y obligaciones internacionales en ambas convenciones, tales como: mejorar la calidad del agua, usar “la mejor tecnología disponible”, aplicar “las mejores prácticas medioambientales”, establecer órganos conjuntos, realizar consultas y prestarse ayuda mutua previa solicitud, entre otras. Al respecto, cabe agregar que tales obligaciones están presentes en las metas 6.3, 6.5 y 6.a del objetivo 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), las cuales se enfocan en la reducción de la contaminación del agua, la gestión integrada de los recursos hídricos y la ampliación de la cooperación internacional enfocada en la gestión de los recursos hídricos.⁵⁹

⁵⁹ Véase *Objetivos de Desarrollo Sostenible e Indicadores*, Lima, Ministerio del Ambiente, Dirección General de Investigación e Información Ambiental, 2016, pp. 23 y 24, disponible en: <http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/ODS-FINAL210716.pdf>.

Antes de considerar ser parte de ambas convenciones, dicho Estado debería estudiar todas las cuencas transfronterizas que comparte con sus vecinos para identificar los problemas actuales, las posibles amenazas y las implicancias concretas de darse su adhesión. En otras palabras, no resultaría conveniente contraer nuevas obligaciones internacionales, exponerse a incumplirlas y ser demandado ante la Corte de La Haya, comprometiendo así la responsabilidad internacional del Estado.

En el supuesto de que un Estado sea parte de ambas convenciones, para que sean oponibles a sus vecinos, éstos debieran serlo también, de conformidad con el principio del efecto relativo de los tratados. Es decir, *no sería muy útil que un Estado sea parte de ambas convenciones y que, al mismo tiempo, sus vecinos fronterizos no lo sean.*

El hecho de que ningún país latinoamericano sea parte de las convenciones universales de 1992 y 1997 exige que los recursos hídricos transfronterizos deban regularse de forma regional (multilateral) o, en su defecto, bilateralmente, sobre la base del principio de cooperación internacional. De lo contrario, hay el grave riesgo y peligro de que se produzcan conflictos hídricos entre los países vecinos. Esto reviste mayor atención ya que la mayoría de las cuencas transfronterizas latinoamericanas carecen de un acuerdo específico.

Al efecto, se podría auscultar la posibilidad de adoptar un acuerdo regional que incluya, por ejemplo, a los Estados que comparten la cordillera de los Andes, u otro que sustituya y actualice la resolución Uso Industrial y Agrícola de los Ríos Internacionales, de Montevideo, que data de 1933.

La opción seguida en los hechos por los países latinoamericanos es mantener el *statu quo*, la cual elude tanto a las convenciones universales como la adopción de acuerdos regionales (o bilaterales). Ello se afirma con base en que los Estados tendrían cubiertas las posibilidades de enfrentar cualquier posible conflicto precisamente porque *el estándar mínimo común del DIA (no convencional)* —conformado por la costumbre internacional y los principios generales de derecho— sería suficiente.

A efectos prácticos, no existiría impedimento para que los Estados puedan examinar algún caso concreto bajo la luz de las convenciones de 1992 y 1997, *a modo y a título de referencia* y sin ser parte de ellas. En tal caso, dichos tratados no surtirán efectos jurídicos vinculantes, pero, en ejercicio de la “hidrodiplomacia”, podrían ser utilizados como un texto referencial, en donde el Estado goce de un mayor margen de apreciación discrecional para adoptar una decisión que beneficie sus intereses nacionales.

En definitiva, el fallo de la CIJ sobre las aguas del Silala será trascendental para los países latinoamericanos que no cuenten con una regulación específica sobre las aguas compartidas. Dicho caso dará luces y sombras a la viabilidad o no de esta *tercera vía*, al brindar una mayor claridad y precisión sobre el *estándar mínimo común del DIA*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A/CONF.48/14/Rev.1, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 5 al 16 de junio de 1972, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>.
- ANGHIE, Antony, “Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International law”, *Social and Legal Studies*, Thousand Oaks, 1996, vol. 5, núm. 3, disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/096466399600500303>.
- A/RES/51/229, Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, 8 de julio de 1997.
- A/RES/63/124, Resolución aprobada por la Asamblea General, 11 de diciembre de 2008, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/63/124>.
- A/RES/2625(XXV), Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970, disponible en: [https://www.undocs.org/es/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.undocs.org/es/A/RES/2625(XXV)).
- A/RES/3281(XXIX), Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 12 de diciembre de 1974, disponible en: [https://undocs.org/es/a/res/3281\(XXIX\)](https://undocs.org/es/a/res/3281(XXIX)).
- ARIAS AMAYA, Ángela María y SALINAS ALCEGA, Sergio, “Delimitación, manejo y conservación de las aguas transfronterizas colombianas”, en EMBID, Antonio y GARCÍA, María del Pilar (eds.), *Reflexiones sobre el derecho de aguas en Colombia*, Bogotá, Universidad Zaragoza y Universidad Externado de Colombia, 2016.

- ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA EL AGUA y RED INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE CUENCA, *Manual para la gestión integrada de recursos hídricos en cuencas*, 2009, disponible en: https://www.rioc.org/IMG/pdf/RIOC_GWP_Manual_para_la_gestion_integrada.pdf.
- CIUDADANOS DEL PERÚ PREOCUPADOS POR EL AGUA, *Libro Azul para el Perú: una iniciativa sectorial y ciudadana por el agua en el Perú*, Lima, Asociación Civil para la Gestión del Agua en Cuencas AGUA-C, 2016, disponible en: <http://www.gestoresdeaguasegura.org/wp-content/uploads/2017/10/Libro-Azul-final.pdf>.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46o. periodo de sesiones, Ginebra, 1994, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1994_v2_p2.pdf.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Ginebra, 1996, vol. II, segunda parte, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA DE LAS NACIONES UNIDAS, “Apertura global del Convenio del Agua de 1992”, disponible en: https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/brochure/Brochure_on_opening/Brochure_ECE_SPA_PDF_WEB.pdf.
- CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA, *Agenda del Agua de las Américas. Metas, soluciones y rutas para mejorar la gestión de los recursos hídricos*, Sexto Foro Mundial del Agua, Marsella, 2012, disponible en: https://www.gwp.org/globalasets/global/gwp-cam_files/agenda-del-agua-de-las-americas.pdf.
- DALFUMI, Sandra, *Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación*, Lima, Universidad del Pacífico, 2018, disponible en: <http://hdl.handle.net/11354/2160>.
- DIVISIÓN DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- CASTILLO PINTO, Laureano del, “El derecho internacional de aguas: entre la soberanía de los Estados y los esfuerzos por su codificación”, en GUEVARA GIL, Armando *et al.* (eds.), *El derecho y la gestión de aguas transfronterizas, Quintas Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, disponible en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/>

bitstream/handle/123456789/166033/Quintas%20Jornadas%20del%20Agua.pdf?sequence=1.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley de Recursos Hídricos del Perú (Ley No. 29338), 2009, disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29338.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Estatuto, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Dispute over the Status and use of the Waters of the Silala (*Chile v. Bolivia*)”, *I. C. J. Reports*, 2019, 18 de junio de 2019, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20190618-ORD-01-00-BI.pdf>.

“Derecho internacional de aguas”, en LANE, Oliver (coord), *Derecho internacional de aguas en América Latina. Manual de capacitación*, Asociación Mundial para el Agua, 2015, disponible en: https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam_files/programas/dai/manual-derecho-de-aguas-internacionales.pdf.

E/C.12/2002/11, Observación General No. 15 (2002), El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 al 29 de noviembre de 2002, disponible en: <https://www.undocs.org/es/e/c.12/2002/11>.

ELIASSON, Jan, “La era de la hidrodiplomacia”, *Revista Investigación y Ciencia*, Barcelona, núm. 461, febrero de 2015.

ESTACIO FERRO, José, *Recursos hídricos en el espacio latinoamericano: componentes normativos internacionales de cooperación e integración*, Badajoz, Universidad de Extremadura, 2019, disponible en: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/9818/TDUEX_2019_Estacio_Ferro.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

HISPAGUA-SISTEMA ESPAÑOL DE INFORMACIÓN SOBRE EL AGUA, “Cuencas transfronterizas de América”, disponible en: <http://hispaqua.cedex.es/sites/default/files/especiales/Trasvases/monograficocuencas2012/introduccion.html>.

MAGANDA, Carmen, “¿Agua dividida, agua compartida? Acuíferos transfronterizos en Sudamérica, una aproximación”, *Estudios Políticos*, Medellín, núm. 32, enero-junio de 2008, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/iep/32/CARMEN_MAGANDA.pdf.

MAHLKNECHT, Jürgen y PASTÉN, Ernesto (coords.), *Diagnóstico de los recursos hídricos en América Latina*, México, Pearson Educación, 2013, disponi-

ble en: https://www.academia.edu/3040349/Diagn%C3%B3stico_de_los_recurso_h%C3%ADricos_en_Am%C3%A9rica_Latina_Diagnostics_of_Latin_American_Water_Resources_.

PASSOS GOMES, Viviane y DELGADO PIQUERAS, Francisco, “Algunas reflexiones sobre la gestión integrada de las cuencas hidrográficas compartidas”, IX Asamblea general mundial de la red internacional de organismos de cuenca, Fortaleza, 13 al 16 agosto de 2013, disponible en: https://www.academia.edu/35459415/ALGUNAS_REFLEXIONES SOBRE_LA_GESTI%C3%93N_INTEGRADA_DE_LAS_CUENCAS_HIDROGR%C3%81FICAS_COMPARTIDAS.

PINTO, Mauricio *et al.*, “El derecho internacional de aguas en América Latina y el Caribe. Desarrollo actual y perspectivas”, *Agua, Ambiente y Energía: aportes jurídicos para su vinculación*, Lajouane, Buenos Aires, 2017.

UNIÓN PANAMERICANA, “Uso industrial y agrícola de los ríos internacionales”, Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 1933, disponible en: <http://www.fao.org/3/ak459S/ak459S.pdf>.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, “Status of Treaties, Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses”, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, “Status of Treaties, Convention on the Protection and use of Transboundary Watercourses and International Lakes”, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-5-a&chapter=27&clang=_en.

SALMÓN, Elizabeth, *Curso de derecho internacional público*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

WOUTERS, Patricia, “International Law. Facilitating Transboundary Water Cooperation”, *Global Water Partnership, Technical Background Papers*, núm. 17, 2013, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2363809>.

La inmunidad de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede. Diferencias con la inmunidad diplomática y experiencias de la jurisprudencia internacional y colombiana

*The Immunity of International Organizations and their
Officials when they are Nationals of the Host State.
Differences with Diplomatic Immunity and Experiences
from International and Colombian Case Law*

*L'immunité des organisations internationales et de ses
fonctionnaires quand ils ont la nationalité de l'Etat siège.
Differences avec l'immunité diplomatique et les expériences
de la jurisprudence internationale et colombienne*

Ricardo Abello-Galvis*
Walter Arévalo-Ramírez**

SUMARIO: I. *Introducción: el objeto y fin de las organizaciones internacionales como parámetro de su inmunidad. El convenio constitutivo y el acuerdo de sede como puntos de partida.* II. *El fundamento convencional de la inmunidad de los funcionarios de las organizaciones internacionales y su relación con los privilegios concedidos por el Estado sede.* III. *Doctrina y jurisprudencia internacional sobre las principales diferencias entre la inmunidad diplomática y la inmunidad de las organizaciones internacionales que sustentan la inmunidad de sus funcionarios nacionales del Estado sede.* IV. *La inmunidad de las organizaciones internacionales en la jurisprudencia constitucional colombiana: recepción del principio y confusión de su alcance.* V. *Conclusión.* VI. *Agradecimientos.* VII. *Bibliografía.*

* Universidad del Rosario, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4538-9748>.

** Universidad del Rosario, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>,
walter.arevalo@urosario.edu.com.

Artículo recibido el 31 de agosto de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 295-337
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El presente artículo analiza la inmunidad de las organizaciones internacionales y la de sus funcionarios cuando son nacionales del Estado sede, estableciendo diferencias con la inmunidad diplomática. En primer lugar, el artículo estudia el objeto y fin de las organizaciones internacionales como parámetro de su inmunidad. Luego, se analiza el fundamento convencional de la inmunidad de los funcionarios de las organizaciones internacionales y su relación con los privilegios concedidos por el Estado sede. En tercer lugar, el artículo profundiza en las principales diferencias entre la inmunidad diplomática y la inmunidad de las organizaciones internacionales que sustentan la inmunidad de sus funcionarios nacionales del Estado sede, a través de la doctrina y jurisprudencia internacionales y comparadas, abordando casos paradigmáticos de su recepción y defensa ante tribunales nacionales cuando autoridades y jueces locales han querido limitar el alcance de la inmunidad de las organizaciones y sus funcionarios, como ha ocurrido en Estados Unidos, Bélgica y Colombia, entre otros.

Palabras clave: inmunidad de las organizaciones internacionales, inmunidad diplomática, Estado sede, funcionarios nacionales, inmunidad funcional.

ABSTRACT: The article analyzes the immunity of international organizations and their staff and officials when they are nationals of the host State, establishing differences with diplomatic immunity. In first place, the article studies the object and purpose of international organizations as a parameter of their immunity. Then, the conventional basis for the immunity of officials of international organizations and its relationship with the privileges granted by the host State. As a third point, the article delves into the main differences between diplomatic immunity and the immunity of international organizations, that uphold the immunity of their officials that are also national of the host State, through international and comparative doctrine and jurisprudence, addressing paradigmatic cases of the reception and defense of such principles before national courts when local authorities and judges have wanted to limit the scope of immunity for organizations and their officials, as has happened in United States, Belgium and Colombia, among others.

Key words: immunity of international organizations, diplomatic immunity, host State, national officials, functional immunity.

RÉSUMÉ: Cet article analyse des immunités des organisations internationales, ainsi que de ses fonctionnaires quand ceux-ci ont la nationalité de l'État siège, en établissant les différences avec l'immunité diplomatique. En premier lieu, l'article aborde l'objet et le but des organisations internationales, ainsi que de leur immunité. Ensuite, il étudie la base conventionnelle de l'immunité des fonctionnaires des organisations internationales et son lien avec les privilèges octroyés par l'État siège. En troisième lieu, l'article signale les différences principales entre l'immunité diplomatique et l'immunité des organisations internationales qui sont à la base de l'immunité des fonctionnaires qui ont la nationalité de l'État siège. Pour ce faire, nous prenons en compte la doctrine et la jurisprudence internationales et comparées en analysant les affaires paradigmatiques, leur réception et défense auprès des tribunaux nationaux quand les autorités et les juges de droit interne ont essayé de limiter la portée de l'immunité des organisations et de leurs fonctionnaires, comme c'est déjà arrivé aux États Unis, en Belgique et en Colombie.

Mots-clés: immunité des organisations internationales, immunité diplomatique, État siège, fonctionnaires nationaux, immunité fonctionnelle.

I. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO Y FIN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES COMO PARÁMETRO DE SU INMUNIDAD. EL CONVENIO CONSTITUTIVO Y EL ACUERDO DE SEDE COMO PUNTOS DE PARTIDA

La premisa introductoria sobre la inmunidad de las organizaciones internacionales, consiste en que el alcance convencional de la misma y las actividades cobijadas por ella dependen del objeto y fin de la organización internacional,¹ bien sea en lo expresamente planteado en los artículos del tratado, o como en lo que se interprete de sus poderes inherentes y los de sus órganos. Este enfoque de la inmunidad de las organizaciones internacionales se conoce como inmunidad de carácter funcional.²

Tanto la inmunidad de la persona jurídica internacional³ que ha sido creada por el acto constitutivo, como los privilegios e inmunidades que gocen sus órganos y funcionarios en el Estado sede, siempre estarán determinadas por actividades que se consideren propias del objeto y fin de la organización. Lo anterior implica que la adecuada defensa de las inmunidades de las organizaciones internacionales pactadas en su acto constitutivo requiere de la interpretación del objeto y fin de la organización, aplicando los criterios de factor textual, poderes inherentes y principio de especialidad, desarrollados por la Corte Internacional de Justicia.⁴

Los criterios de interpretación del objeto y fin, y la debida aplicación del principio de especialidad⁵ son de total relevancia en la materia porque en muchas ocasiones las autoridades locales pueden poner en duda la inmuni-

¹ Klabbers, Jan, *An Introduction to International Organizations Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

² Tesfagabir, Kibrom, "The State of Functional Immunity of International Organizations and their Officials and why it Should be Streamlined", *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 97-128.

³ Gazzini, Tarcisio, "Personality of International Organizations", *Research Handbook on the Law of International Organizations*, núm. 33, 2011.

⁴ Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), "Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict" (Opinión Consultiva), 1996.

⁵ Arevalo-Ramirez, Walter, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

dad de los funcionarios de una organización internacional, (por ejemplo, por la sospecha de que al ser nacionales no deberían recibir un trato distinto a los connacionales, o por considerar los hechos como totalmente fuera del objeto, como acusaciones de acoso sexual y laboral al *staff* de la organización, como ocurrió en el caso *Mendaro v. World Bank* ante las cortes federales de EE UU)⁶ y serán los mismos órganos de la organización los que invocarán la interpretación adecuada de su objeto y fin,⁷ sus poderes inherentes, el alcance del principio de especialidad respecto a su mandato, y serán los primeros competentes para dictaminar e invocar si la actividad realizada por sus funcionarios se encuentra cobijada por la inmunidad funcional.

De igual manera, bajo el concepto de “efecto útil”⁸ dentro de la teoría de los tratados, son los órganos de las organizaciones internacionales los competentes para, *prima facie*, dictaminar autónomamente⁹ si el comportamiento de un órgano u agente se realizó con la intención de darle efectividad y cumplimiento al mandato recibido por la propia organización internacional por parte de los Estados en su tratado constitutivo, y complementariamente en su acuerdo de sede, acuerdo que habitualmente desarrolla con el Estado sede, el objeto y fin de la organización, así como algunos preceptos concretos de su inmunidad en el Estado sede¹⁰, como su alcance en lo jurisdiccional y administrativo, o la existencia de excepciones o *waivers* a la inmunidad en materias como la laboral, la tributaria, la migratoria, la electoral u otras frente a las autoridades locales.

⁶ *Mendaro vs. World Bank*, 717 F.2d 610 (D.C. Cir. 1983).

⁷ Berenson, William M., “Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of OAS”, *The World Bank Legal Review*, 2012, p. 133.

⁸ Para una definición de “efecto útil” en materia de derecho de los tratados y las organizaciones internacionales, véase la Opinión Consultiva de la CIJ “Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt”, de 1980.

⁹ “From a formal standpoint, the constitutive instruments of international organizations are multilateral treaties, to which the well-established rules of treaty interpretation apply... But the constitutive instruments of international organizations are also treaties of a particular type; their object is to create new subjects of law endowed with a certain autonomy, to which the parties entrust the task of realising common goals. Such treaties can raise specific problems of interpretation owing, inter alia, to their character which is conventional and at the same time institutional”. CIJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear... , cit.* pp. 74 y 75.

¹⁰ Vargas, Juan Carlos y Rodríguez-Weil, Eduardo, “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013, pp. 511-538.

II. EL FUNDAMENTO CONVENCIONAL DE LA INMUNIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SU RELACIÓN CON LOS PRIVILEGIOS CONCEDIDOS POR EL ESTADO SEDE

Para las organizaciones internacionales, el atributo de la inmunidad, igual que el de poseer personalidad jurídica, tener presupuesto propio, la existencia de una sede permanente, la independencia de sus órganos respecto de los Estados que la han creado,¹¹ entre otras características, no es más que un mecanismo esencial para garantizar el cumplimiento de su objeto y fin en la medida y alcance que lo han consagrado los Estados en el mandato otorgado por ellos a la organización en su acto constitutivo.

La inmunidad, es el prerequisite para el ejercicio de las funciones internacionales de la organización sin ninguna interrupción en el ámbito internacional, pero especialmente, como garantía cuando estas actividades se llevan a cabo en el territorio de sus Estados parte, y más aún en la relación diaria con las autoridades del Estado sede que la alberga funcionalmente en su territorio.¹²

En atención a la complejidad de la institucionalidad y asuntos políticos que atraviesan los Estados modernos en su funcionamiento organizacional hoy en día, estas inmunidades se contemplan como una salvaguarda a posibles interrupciones o interferencias que puedan provenir de cualquier rama del poder público del Estado, que busquen en lo internacional o en lo local contradecir o truncar la actividad de la organización y la de sus agentes.

Por ello, usualmente las inmunidades funcionales se plantean de manera absoluta frente a cualquier acción administrativa o judicial relativa a hechos cobijados por las funciones propias de la organización.¹³

¹¹ Téllez Nuñez, A., “Aproximación multidimensional al régimen de responsabilidad internacional y al principio de no intervención. El problema hermenéutico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, pp. 79-104, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7492>.

¹² Evans, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹³ Pajuste, Tiina, “The Evolution of the Concept of Immunity of International Organizations”, *East-West Studies: Journal of Social Sciences of Tallinn University Law School*, vol. 8, 2018.

La concepción de la inmunidad de las organizaciones internacionales como una derivada de su objeto y fin, y como una inmunidad que en la actualidad se considera como funcional independientemente de que se pacte de manera absoluta o restringida, ha sido la aproximación a la inmunidad de mayor recibo en el ámbito latinoamericano y así ha sido reflejada no sólo en los acuerdos de sede y tratados constitutivos de varias organizaciones internacionales creadas o conformadas por Estados latinoamericanos, sino que además esta concepción ha sido cristalizada en el contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA) por su principal órgano codificador del derecho internacional, el Comité Jurídico Interamericano.

En efecto, este último, ha proferido una serie de lineamientos sobre el alcance de la inmunidad jurisdiccional de carácter funcional, las obligaciones correlativas que ésta implica para las organizaciones internacionales, y las prácticas subsecuentes de los Estados en observancia de tal inmunidad:

Lineamiento 2. Objetivo de la inmunidad jurisdiccional

La inmunidad jurisdiccional se otorga a las organizaciones internacionales para hacer posible la realización de su objeto y fin.

Notas del Relator

El tratado constitutivo de una organización internacional tiene como consecuencia la creación de una persona jurídica con capacidad jurídica y patrimonio propio. El artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas al establecer que “la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos”, fijó un criterio fundamental de toda organización internacional. Los privilegios e inmunidades son concedidos para que pueda realizar la función para la que fue creada. La citada Carta, en su artículo 105, párrafo 1, así lo señala: “La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos”.

En tal sentido, así se manifiesta un informe del Comité Jurídico Interamericano:

En el ámbito interamericano, el mismo tenor se encuentra en la Carta de la Organización de los Estados Americanos cuyo artículo 133 establece que la organización “...gozará en el territorio de cada uno de sus miembros de la capacidad jurídica,

privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos”. En el caso del Banco Interamericano de Desarrollo su Convenio Constitutivo establece que “para el cumplimiento de su objetivo y la realización de las funciones que se le confieren, el Banco gozará, en el territorio de cada uno de los Países miembros, de la situación jurídica, inmunidades, exenciones y privilegios que en este artículo se establecen”. El Convenio Constitutivo del Banco permite el establecimiento de acciones judiciales en la medida que el objeto del Banco es proporcionar financiamiento a los Estados miembros para proyectos de desarrollo y, como parte de su actividad, debe emprender acciones ante tribunales nacionales. La inmunidad entonces es estrictamente funcional y permite, en este caso, el inicio de procedimientos para consecución del objeto y fin del Banco. Los Estados miembros han otorgado inmunidad jurisdiccional a las organizaciones internacionales para facilitar el logro de sus objetivos con independencia, economía y sin obstáculos que, de otra manera, pudieran enfrentar por medio de la competencia jurisdiccional que ejerzan tribunales de algún Estado miembro frustrando la voluntad de la mayoría de los Estados miembros.

El fin último de esa inmunidad de jurisdicción es asegurar la independencia de la organización y evitar la interferencia indebida en la ejecución de su mandato. De no ser así, una organización estaría sujeta a todo tipo de acciones judiciales que imposibilitarían su trabajo. En el caso *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, la Suprema Corte de Canadá estableció que sin inmunidad una organización internacional sería vulnerable a interferencia en sus operaciones por el Estado receptor y por los tribunales de ese Estado.¹⁴

Lo anteriormente codificado por la OEA fue también claramente ejemplificado por la Corte Suprema de Canadá en el caso *Amaratunga v. Northwest*, relativo a la Organización Pesquera del Atlántico Noroccidental NAFO, que como referente jurisprudencial paradigmático en el ámbito comparado¹⁵, recalcó el principio de que la inmunidad de las organizaciones se deriva

¹⁴ Informe del Comité Jurídico Interamericano, “Inmunidades de las organizaciones internacionales”, 93o. Período Ordinario de Sesiones, documento CJI/doc.554/18 rev.2, Rio de Janeiro, Brasil, 16 de agosto de 2018.

Para más información sobre el citado caso en esta transcripción, véase *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013, disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/item/13364/index.do>.

¹⁵ Van Ert, Gib; Allen, Greg J. y Robb, Rebecca, “Canadian Cases in Public International Law in 2013”, *Canadian Yearbook of international law*, vol. 51, 2013, p. 535.

única y exclusivamente del tratado y no puede ser arbitrariamente limitada por las autoridades locales.

En el caso en cuestión la Corte Suprema de Canadá reivindicó la necesidad de que las instituciones y agentes nacionales respeten la inmunidad pactada a toda costa y no deriven excepciones a la misma ni de las normas locales ni de conflictos que emergen entre los sujetos privados y la organización, salvo que tales excepciones están expresamente pactadas en el acuerdo constitutivo o en el acuerdo de sede, como el de este caso específico:

NAFO is an international organization headquartered in Nova Scotia. Its mandate is to manage and preserve fishing resources in the Northwest Atlantic Ocean. A worked at NAFO as a senior manager from 1988 until 2005 when NAFO terminated his employment. When A then commenced a wrongful dismissal suit, NAFO claimed immunity as an international organization under its Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order (“NAFO Immunity Order”) agreement with Canada. The Supreme Court of Nova Scotia rejected NAFO’s immunity defence and determined that A’s wrongful dismissal suit could proceed to trial, including A’s claim for a separation indemnity under NAFO Staff Rules. The Court of Appeal, however, allowed NAFO’s appeal and determined that NAFO enjoyed immunity from all of A’s claims.

Held: The appeal should be allowed in part.

NAFO is entitled to immunity, except from A’s separation indemnity claim under the Staff Rules. Without immunity, an international organization would be vulnerable to intrusions into its operations by the host state and that state’s courts. However, no rule of customary international law confers immunity on international organizations. Instead, they derive their immunity from treaties, or in the case of smaller international organizations like NAFO, from agreements with host states [...] To allow employment related claims of senior officials to proceed in Canadian courts would constitute undue interference with NAFO’s autonomy in performing its functions and would amount to submitting its managerial operations to the oversight of its host state’s institutions. The absence of a dispute resolution mechanism or of an internal review process is not, in and of itself, determinative of whether NAFO is entitled to immunity. While the fact that A has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host State.

Casos como el anterior en donde la inmunidad de las organizaciones internacionales es retada unilateralmente por los Estados que buscan establecer restricciones a su alcance, por ejemplo en temas laborales, o a cierto tipo de funcionarios, o pretenden aplicarle restricciones que consideran típicas de una concepción de inmunidad restringida, son fundamentales para reivindicar a nivel jurisprudencial las profundas diferencias entre la inmunidad de las organizaciones internacionales y la inmunidad de las misiones diplomáticas (heredera de la inmunidad del Estado).¹⁶

En materia de misiones diplomáticas, la inmunidad, al no emanar de lo pactado en un instrumento concreto, como ocurre con cada una de las organizaciones internacionales en su propio acuerdo constitutivo (y/o acuerdo de sede cuando este precisa más a fondo las inmunidades), sino alimentarse como fuente de la soberanía del Estado en sus relaciones internacionales, la aplicación de principios westfalianos como la igualdad entre Estados y la imposibilidad de actos de imperio entre pares, “*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*”, todos recogidos en la costumbre internacional, suele admitir restricciones, excepciones, y toda suerte de limitaciones reguladas por la costumbre¹⁷ y aplicadas a todas las misiones diplomáticas, asunto distinto al mundo de las organizaciones internacionales donde la inmunidad de cada una de ellas merece un análisis *ad hoc* de sus instrumentos convencionales.

Por lo anterior, es fundamental entender las diferencias entre los dos tipos de inmunidad y sus orígenes para poder comprender el verdadero alcance de la inmunidad de las organizaciones internacionales, especialmente cuando es concedida a los funcionarios que son nacionales del Estado sede donde se asienta la organización o en oficinas donde desarrollan sus funciones.

La inmunidad de las organizaciones internacionales es un desarrollo rápido, práctico, y propio del derecho internacional en el siglo XX donde el instrumento dominante son los tratados; en cambio, la inmunidad de los

¹⁶ Barker, J. Craig; Colin, Warbrick y McGoldrick, Dominic, “State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection against Legal Action?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, núm. 4, 1998, pp. 950-958.

¹⁷ Abello-Galvis, Ricardo, “La Costumbre como fuente de derecho internacional: una caja de pandora imposible de cerrar”, *Derecho internacional: varias visiones, un maestro. Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015, pp. 3-28.

Estados¹⁸ y las misiones diplomáticas, no se circunscriben al ámbito meramente funcional, sino que se alimenta del concepto de soberanía y de las costumbres internacionales encaminadas a proteger a los jefes de Estado, extendiéndose progresivamente en la historia a sus enviados al extranjero, pero limitada por vía consuetudinaria a actos de Estado, admitiendo históricamente, gran cantidad de excepciones, que en el momento de ser concebidas no contemplaban ni pretendían regular, ni el concepto futuro de “funcionario internacional” de una organización, ni mucho menos la posibilidad más moderna de que una organización internacional empleara a nacionales de su Estado sede como funcionarios y requiriera dotarlos de inmunidad en el mismo territorio de donde son nacionales para poder realizar libremente sus funciones:

The immunity granted to IOs comes from the foreign sovereign immunities tradition mentioned above. However, it is justified by a theory of “functional necessity”, which came into being after World War II, when emerging IOs needed support from the States in order to achieve a certain degree of maturity and therefore to be able to perform their duties in an unfettered manner. This kind of immunity was based on the idea that it would serve the best interests of the organizations by keeping them protected from potential lawsuits that would negatively affect the organizations’ limited resources at that time or their ability to operate independently. For IOs, immunity was supposed to ensure their political and financial independence and therefore their impartiality. Since immunity of IOs came into being before the restrictive immunity theory had been adopted by many sovereign states, it was conceived and codified as being absolute. Many of these organizations actually have it codified in their own constituent instruments and other international treaties. It can also exist in the form of headquarters agreements, regional agreements, and conference agreements. These treaties, due to their international law character, are to be considered internal law of the signatory States (at least for those in which treaty law is self-executing).¹⁹

¹⁸ Quintana Aranguren, Juan José y Guzmán Carrasco, Gonzalo, “De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8, 2006, pp. 53-102.

¹⁹ Rios, Greta L. y Flaherty, Edward P., “International Organization Reform of Impunity-Immunity is the Problem”, *ILSA J. Int’l & Comp. L.*, vol. 16, 2009, pp. 433.

III. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA Y LA INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES QUE SUSTENTAN LA INMUNIDAD DE SUS FUNCIONARIOS NACIONALES DEL ESTADO SEDE

Como se ha venido anticipando, la principal diferencia radica en que la inmunidad de las organizaciones internacionales es un asunto convencional, especialmente en materia de excepciones y limitaciones, mientras que la naturaleza implícita de la inmunidad diplomática es ser una inmunidad de arraigo consuetudinario cuyas excepciones también emanan de la costumbre universal.²⁰ La inmunidad de las organizaciones internacionales siempre se identifica caso a caso, en el tratado constitutivo de la organización, donde se debe identificar en qué términos ha sido pactada, y las excepciones pactadas a ella no pueden derivarse de la práctica de los Estados o de la costumbre.

Por el contrario, es justamente la práctica de los Estados y la costumbre, tanto en el alcance de la inmunidad diplomática como sus limitaciones, la que ha sido recogida en el instrumento principal de carácter codificador de costumbre en la materia, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.²¹

Esto no niega el hecho que muy rápidamente algunos aspectos de la inmunidad de las organizaciones internacionales no hubiesen adquirido un estatus consuetudinario.²² Los tribunales nacionales en repetidas ocasiones le han dado este fundamento a la existencia y la necesidad de la inmunidad funcional²³ para las organizaciones internacionales en su territorio y han

²⁰ Portilla Parra, Sebastian y Rodríguez Bolaños, Maicol Andrés, “Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del «*ius cogens*»”, *Opinión Jurídica*, vol. 19, núm. 38, 2020, pp. 259-281.

²¹ Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por Ley 6° de 1972, en vigor para Colombia.

²² Wood, Michael, “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, núm. 3, 2015, p. 609.

²³ Godio, Leopoldo, “Evolución, actualidad y tendencias en materia de privilegios e inmunidades de organismos internacionales”, *RECORDIP*, vol. 1, núm. 2, 2011.

reconocido consuetudinariamente a la inmunidad de jurisdicción como un principio que no viola la soberanía nacional, pero esto no significa que las excepciones y limitaciones a tal inmunidad existan fuera de las expresamente pactadas en el acuerdo constitutivo o en el acuerdo de sede de cada una de las organizaciones y que se puedan aplicar universalmente por los tribunales nacionales, como sí ocurre con la inmunidad diplomática donde sus límites consuetudinarios son ampliamente aceptados.²⁴

Esta recepción de la inmunidad de las organizaciones internacionales por parte de los tribunales nacionales²⁵ ha incluso llegado a que sea reconocida como un principio de derecho internacional en decisiones judiciales²⁶ que indicaron que los tribunales nacionales no pueden interpretar de manera restrictiva la inmunidad de las organizaciones internacionales al equipararla a la inmunidad diplomática, siendo esta una decisión *ultra vires*.²⁷ Así fue reconocido en un primigenio fallo de los tribunales belgas de apelación en el caso *Manderlier*, que reconocieron que las cortes belgas no podían interpretar de manera restrictiva la Convención de Naciones Unidas sobre Privilegios e Inmunidades,²⁸ ni siquiera bajo la idea de permitir el derecho al acceso a la justicia de un demandante en contra de la organización, por ser la demanda ante los tribunales nacionales una evidente limitación a su inmunidad.

With regard to the argument that Article 105 of the United Nations Charter limited the privilege of immunity to the minimum necessary to enable the United Nations to fulfil its purposes, the Court replied that in acceding to

²⁴ Brown, Jonathan, “Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, núm. 1, 1988, p. 53.

²⁵ Reinisch, August, *International Organizations before National Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²⁶ Decisiones de tribunales nacionales que reconocen la condición convencional de la inmunidad jurisdiccional plena de las organizaciones internacionales, véase *X et al. v. European School*, Munich, I63 the Bavarian appellate Administrative Court; *US-Iran Claims Tribunal v AS*, 96 ILR 321, 329 (Netherlands Supreme Court, 1985).

²⁷ Brussels Appeals Court, *Manderlier v. United Nations and Belgian State*, decision of 15th September 1969, disponible en: https://legal.un.org/unjuridicalyearbook/pdfs/english/by_volume/1969/chpVIII.pdf

²⁸ Miller, Anthony, “Privileges and Immunities of United Nations Officials”, *International Organizations Law Review*, vol. 4, núm. 2, 2008, pp. 169-257.

the Convention of 13 February 1946, the signatories of the Charter had defined the necessary privileges and immunities and that the courts would be exceeding their authority if they were to arrogate to themselves the right of determining whether the immunities granted to the United Nations by that Convention were or were not necessary.²⁹

Este pilar esencial de la inmunidad funcional de las organizaciones internacionales en su naturaleza convencional ha sido también reconocido por el Comité Jurídico Interamericano en su lineamiento sobre las renunciaciones expresas a la inmunidad: “Alcance de la inmunidad jurisdiccional. Las organizaciones internacionales, sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial respecto de actos realizados para la consecución de su objeto y fin, salvo en los casos que la organización renuncie expresamente a esa inmunidad”.³⁰

²⁹ Brussels Appeals Court. *Manderlier v. United Nations and Belgian State*, *cit.*

³⁰ Informe del Comité Jurídico Interamericano, *op. cit.* Sin embargo, hace noytr en dicho documento que Joel Hernández García en el Plan de Trabajo, 1er informe del relator (documento CJI/doc.486/15 del 30 de julio de 2015, en una nota del relator dice:

A partir de la práctica de los Estados, han surgido tres doctrinas sobre la naturaleza de la inmunidad: inmunidad absoluta, inmunidad restringida-clásica y la inmunidad funcional. Como se comentó en las notas al lineamiento 1 *supra*, la inmunidad absoluta fue reconocida a los Estados extranjeros en virtud del principio *par in parem non habet imperium*. Los Estados gozan de inmunidad ante los tribunales de otros Estados por virtud del principio de igualdad jurídica de los Estados. La necesidad de evitar la inmunidad de conductas que excedían el objeto de la función estatal tuvieron como consecuencia el establecimiento de límites a la inmunidad absoluta dando paso a una inmunidad restringida de los Estados. El concepto de inmunidad restringida clásica se aplica a los gobiernos soberanos bajo el derecho internacional y se basa en el principio de que un Estado al entrar en el mercado comercial para comprar y/o vender servicios y bienes, debe ser tratado como cualquier actor comercial y sujeto a la competencia de tribunales nacionales.

En lo que corresponde a organizaciones internacionales, la inmunidad tiende a ser funcional con base en la presunción de que sólo corresponde reconocer esa inmunidad para las actividades de las organizaciones que sean esenciales y necesarias para lograr su objeto y fin. Los estatutos de cada organización establecen los actos inherentes al fin de la organización y, por tanto, cubiertos por la inmunidad. Sin embargo, los Estados Miembros establecen el alcance de la inmunidad jurisdiccional a ser reconocida por sus tribunales nacionales. Al mismo tiempo, el Estado anfitrión acuerda con la organización el tipo de inmunidad jurisdiccional que gozará en su territorio.

La inmunidad jurisdiccional se otorga a la organización internacional como tal y cubre los actos que realice en consecución de su objeto y fin. En tal virtud, el patrimonio de la

Las lógicas que diferencian en el día a día las inmunidades de las organizaciones internacionales a las de la inmunidad diplomática, y que son fundamento después del alcance diferenciado que éstas tienen en los nacionales del Estado en donde desempeñan sus funciones, muchas veces parten de situaciones evidentes de las relaciones internacionales que después deben ser elaboradas en lo jurídico. Una de aquellas realidades evidentes es que las organizaciones internacionales al no contar con su propio territorio para instalar a sus órganos y agentes, y ejercer libremente sus potestades, siempre se encuentran en el territorio de un Estado parte que ha decidido ser su Estado sede (*Host State*), lo que necesariamente hace que siempre se encuentren a la merced de alguna posibilidad de vulnerabilidad e intromisión de autoridades administrativas o jurisdiccionales de aquel Estado. Esta condición que podemos denotar como su “no territorialidad” ha sido considerada por la doctrina como una de las principales razones para respetar de manera plena la inmunidad jurisdiccional convencional a ellas otorgada:

The immunity from jurisdiction of international organizations is generally analyzed by comparison with the immunity of States. The principal argument advanced to justify the differences in nature between the two is that national organizations have no territory. Their independence can, therefore, only be guaranteed by a strict approach to their immunity, in particular respect to the courts of the State in which their headquarters are located. Been observed that the organization must benefit “in any event from degree of protection at the place of its seat, which can be guaranteed by immunity formulated in relatively broad, if not absolute, terms”. Various decisions reflect this idea, typically framing it as a fundamental principle. Such line of reasoning embraces in absolute terms both the existence and scope of immunity of international organizations. One could reasonably concede that the recognition of immunity to an international organization lacks territory and is established on the territory of a State is justified primarily by the necessity of precluding any undue interference by the host State activities of that organization.³¹

organización se encuentra también protegido. Aunque el alcance de esta Guía se limita a la inmunidad jurisdiccional, conviene precisar que la inmunidad jurisdiccional cubre a los bienes y haberes, a fin de dejarlos salvaguardados frente a cualquier reclamación que enfrente la organización internacional.

³¹ Gaillard, Emmanuel y Pingel-Lenuzza, Isabelle, “International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To restrict or to Bypass”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, núm. 1, 2002, pp. 1-15.

Lo anterior también es cierto respecto a la interrogante de dónde obtener a los funcionarios que conformarán los órganos de la organización internacional. A diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales no tienen población, por lo que es natural que conformen su cuerpo de funcionarios con nacionales de los Estados parte y específicamente que encuentren en los nacionales que viven en el Estado sede, un inmenso insumo para el cuerpo de funcionarios.

Es por eso que, a diferencia de las misiones diplomáticas, la inmunidad de los funcionarios de las organizaciones internacionales no emana ni se exceptúa según su vínculo de nacionalidad, como ocurre con los miembros de la misión diplomática acreditados en el extranjero y con otras instituciones de derecho internacional basadas en la nacionalidad, como la protección diplomática.³²

Esta diferencia es vital y no debe confundirse con la razón por la cual en materia de inmunidad diplomática las personas que son nacionales del Estado donde se encuentra la misión diplomática (Estado receptor), y que se ponen a disposición de aquella por vía laboral o por situaciones como la doble nacionalidad, no adquieren inmunidad.

En efecto, en materia de inmunidad diplomática, la práctica ha demostrado que en tanto los Estados cuentan con su servicio diplomático conformado por sus propios nacionales, es absolutamente inusual, salvo situaciones muy específicas de doble nacionalidad, que un Estado elija como su representante en el extranjero ante un Estado receptor, en vez de a uno de sus nacionales, a un ciudadano que sea nacional de ese Estado que recibe la misión diplomática. Por ello, la costumbre en materia de inmunidad diplomática ha derivado en que a estos funcionarios de misión diplomática que son nacionales del Estado receptor no se les conceda inmunidad al momento de acreditarlos, práctica codificada como costumbre en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, pero de nuevo, así planteada por las razones particulares aplicables sólo a misiones diplomáticas y no a organizaciones internacionales.

Esta excepción, tanto consuetudinaria como recogida por el instrumento cristizador de la Convención de Viena, ha llegado al punto de aceptar

³² MacLean, Robert Joseph-Blaise y Arévalo-Ramírez, Walter, "The Expulsion of Resident Colombian Nationals during the Colombia-Venezuela Border Dispute: An «under the Radar» Case for Diplomatic Protection of Human Rights?", *Universitas*, vol. 68, núm. 138, 2019.

que no se le conceda inmunidad a la familia del embajador³³ cuando ésta es nacional del Estado receptor.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961, la cual entró en vigor el 24 de abril de 1964 dice:

Artículo 38

1. Excepto en la medida en que el Estado receptor conceda otros privilegios e inmunidades, el agente diplomático que sea nacional de ese Estado o tenga en él residencia permanente sólo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones.

2. Los otros miembros de la misión y los criados particulares que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él su residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades únicamente en la medida en que lo admita dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.

Aquí entonces la regla opera al contrario, sólo tendrán inmunidad los nacionales que trabajen en una misión diplomática si el Estado receptor expresamente decide concederla; en cambio, en materia de organizaciones internacionales, como lo habitual es que funcionarios con nacionalidad del Estado sede sean quienes hacen parte de la organización y cumplen sus fines dentro de los órganos, e incluso sólo se sometan al derecho laboral propio de la organización,³⁴ la inmunidad sea concedida a ellos sin excep-

³³ O’Keefe, Patrick J., “Privileges and immunities of the Diplomatic family”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, pp. 329-350.

Para 109 Estados, la ley aplicable que regula sus obligaciones se encuentra en el artículo 37 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas. Esto dice lo siguiente:

1. The members of the family of a diplomatic agent forming part of his household shall, if they are not nationals of the receiving State, enjoy the privileges and immunities specified in Articles 29 to 36.

2. Members of the administrative and technical staff of the mission, together with members of their families forming part of their respective households, shall, if they are not nationals of or permanently resident in the receiving State, enjoy the privilege’s and immunities specified in Articles 29 to 35, except that the immunity from civil and administrative jurisdiction of the receiving State specified in paragraph 1 of Article 31 shall not extend to acts performed outside the course of their duties.

³⁴ Reinisch, August, “Contracts between International Organizations and Private Law Persons”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol 7, 2006.

ción entre funcionarios nacionales y extranjeros, y estos funcionarios nacionales sólo se sometan a pequeñas excepciones de orden público, como pagar impuestos como sus otros connacionales o cumplir a cabalidad las reglas migratorias de entrada y salida del país, si así fueron pactadas en el acuerdo sede.

Así entonces, al ser la inmunidad de las organizaciones internacionales una inmunidad de carácter convencional y que requiere proteger a los funcionarios y agentes de la organización en el territorio del Estado sede, independientemente de su condición, lo habitual es no encontrar ninguna diferencia *a priori* en la protección dada vía inmunidad funcional jurisdiccional plena a funcionarios extranjeros frente a funcionarios nacionales del Estado sede, y no existe, en general, una cláusula de excepción por nacionalidad que sea común a los tratados constitutivos de organización internacional.

Por el contrario, lo que ha reconocido de manera reiterada la Corte Internacional de Justicia es que las limitaciones a la inmunidad de las organizaciones internacionales y sus agentes solamente pueden ser expresas y no es posible limitar la inmunidad jurisdiccional de manera unilateral por el Estado sede, lo que fue reconocido en las opiniones consultivas “Mazilu”³⁵ e “*Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur*”.³⁶

Las diferencias entre inmunidad diplomática e inmunidad de las organizaciones internacionales se manifiestan también en los mecanismos disponibles para juzgar la responsabilidad de los funcionarios cobijados por inmunidad respecto de sus actos y la posibilidad de que ellos tengan un juez natural como consecuencia de esa inmunidad.

En el ámbito de la inmunidad diplomática, el enviado diplomático y miembro acreditado de una misión diplomática en el exterior, puede tener inmunidad frente al Estado receptor de la misión diplomática, pero siempre se encontrará sujeto a la jurisdicción disciplinaria y penal de su Estado de origen o Estado acreditante. Esta situación es también de carácter consuetudinario y ha sido codificada por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares.³⁷

³⁵ Titulada “Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989”, p. 177.

³⁶ Titulada “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999”, p. 62.

³⁷ Artículo 31.4. “La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”.

Esta lógica interestatal en materia de inmunidad no puede ser utilizada para suponer que el funcionario de una organización internacional no tiene inmunidad cuando es nacional del Estado sede de la misma, pues su función no es la de un representante del Estado sujeto a las reglas del mismo, sino que, por el contrario, su inmunidad emana de aquella pactada para la organización con sus Estados parte.

Los actos de los funcionarios de las organizaciones internacionales y su juez natural no se catalogan respecto de un Estado de origen, receptor o acreditante. Para las organizaciones internacionales y sus funcionarios, bien sean nacionales del Estado sede de la misma o no, el juez natural, como lo ha demostrado la práctica,³⁸ es la organización internacional misma mediante sus mecanismos institucionales de carácter jurisdiccional y de solución de controversias, que son competentes para disciplinar a sus funcionarios y que, incluso recientemente, han sido reconocidos como un mecanismo necesario y concomitante a las inmunidades pactadas en los tratados para la organización y sus funcionarios, para justamente respetar el derecho a la defensa de los solicitantes cuando, paradójicamente, son los mismos funcionarios los que desean accionar en contra de la organización, por ejemplo en materia laboral y no pueden hacerlo porque ella misma cuenta con inmunidad ante los tribunales locales.

Los poderes inherentes de las organizaciones internacionales para constituir este tipo de tribunales o mecanismos de solución de controversias en el contexto de su inmunidad, y como expresión de su capacidad funcional para cumplir su objeto y fin fueron reconocidos en la opinión consultiva “Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal” de la siguiente manera:

It was inevitable that there would be disputes between the Organization and staff members as to their rights and duties. The Charter contains no provision which authorizes any of the principal organs of the United Nations to adjudicate upon these disputes, and Article 105 secures for the United Nations jurisdictional immunities in national courts. It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote

³⁸ Véase Resolution 1979 (2014)1 Accountability of international organizations for human rights violations, Parliamentary Assembly, Council of Europe, disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=20510&lang=en>.

freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them.³⁹

Estos tribunales internos de las organizaciones internacionales son justamente parte del engranaje institucional de la inmunidad funcional para lograr que esta no sea vista por los Estados como una violación a su soberanía, al derecho al acceso a la justicia de cierto tipo de solicitudes frente a la organización (funcionarios de la misma que la demandan por situaciones laborales dentro de sus propios mecanismos de solución de controversias, por ejemplo) y son una razón de peso para que los Estados no intenten diluir o negar la inmunidad de los funcionarios de la organización que son nacionales del Estado sede, invocando que estos entonces no tendrían juez natural.

Casos recientes tanto en el derecho comparado como ante tribunales regionales de derechos humanos han establecido que, por un lado, estos tribunales, como parte del reconocimiento de esa inmunidad a esos funcionarios nacionales y a la organización, en su procedimiento⁴⁰ deben cumplir con principios básicos de derecho procesal como los de imparcialidad, contradicción, motivación, recusación, apelación o independencia,⁴¹ como se estableció en el *caso Siedler*⁴² en 2003, en las cortes belgas.

Así también lo ha sugerido el lineamiento 6 en la materia del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Justamente este tipo de tribunales existen para evitar que los nacionales utilicen interpretaciones extensivas de la legislación nacional para querer someter a ciertos funcionarios (como los nacionales del Estado sede) con asuntos como los laborales, a las cortes nacionales, afectando la inmunidad como fuera pactada en el acuerdo

³⁹ "Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal", Opinión Consultiva, 1954.

⁴⁰ Jenks, Clarence Wilfred, *The Proper Law of International Organizations*, 1962.

⁴¹ Sobre el principio de independencia en derecho internacional, véase Bonyuet Lee, Díckar y Pérez Pacheco, Yaritzza, "Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XX, 2020, pp. 273-315, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/14477>.

⁴² *Siedler v. Western European Union*, Belgian Labor Court of Appeals, Brussels, 17 de septiembre de 2003.

constitutivo, así fue expresamente desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Waite c. Alemania*, relativo a las inmunidades de la Agencia Especial Europea, como se muestra a continuación:

...the Court shares the Commission's conclusion that, bearing in mind the legitimate aim of immunities of international organizations (see paragraph 63 above), the test of proportionality cannot be applied in such a way as to compel an international organization to submit itself to national litigation in relation to employment conditions prescribed under national labor law. To read Article 6 § 1 of the Convention and its guarantee of access to court as necessarily requiring the application of national legislation in such matters would, in the Court's view ...the proper functioning of international organizations and run counter to the current trend towards extending and strengthening international cooperation.

57. In view of all these circumstances, the Court finds that, in giving effect to the immunity from jurisdiction of ESA on the base of section 20(2) of the Courts Act, the German courts did not exceed their margin of appreciation. Taking into account in particular the alternative means of legal process available to the applicants, it cannot be said that the limitation on their access to the German courts with regard to ESA impaired the essence of their "right to a court" or was disproportionate for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. Accordingly, there has been no violation of that provision.⁴³

Otros elementos de la costumbre y práctica de la inmunidad en materia diplomática no pueden ser equiparables a la práctica en materia de organizaciones internacionales, pues en ellos también se incluyen razones para limitar la inmunidad de los nacionales que no son admisibles ni corresponden a la razón de ser de las inmunidades de las organizaciones internacionales.

Por un lado, la inmunidad de las misiones diplomáticas se basa en el principio de reciprocidad,⁴⁴ en el entendido que, en un territorio se respetan los miembros extranjeros de la misión diplomática del otro, de manera recíproca entre los dos Estados, lo que usualmente excluye a los nacionales de cada uno de los países involucrados en esa relación recíproca.

⁴³ *Waite and Kennedy vs. Germany*, Merits, App No 26083/94, ECHR 1999-I, disponible en: <https://ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Waite-and-Kennedy-v.-Germany.pdf>.

⁴⁴ Flor Patiño, Imanol de la y Portilla Gómez, Juan Manuel, "Las inmunidades diplomáticas en el derecho comparado (México-Estados Unidos) y en el derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, 2016.

Por otra parte, la práctica ceremonial en materia de inmunidades diplomáticas se soporta en el procedimiento de cartas credenciales y acreditación ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado Receptor, de los miembros “extranjeros” de la misión diplomática.

Este procedimiento, aunque puede ser también seguido para las organizaciones internacionales, por ejemplo, para que las oficinas de protocolo y ceremonial de estos ministerios se encarguen de otorgar a estos funcionarios los debidos privilegios e inmunidades, no puede extender a las organizaciones internacionales la denegación de la acreditación de funcionarios nacionales que aplica del derecho diplomático, o asumir que la inmunidad emana de tal acreditación, pues esta sólo emana del convenio constitutivo o del acuerdo sede y se extiende a todo proceso administrativo y penal contra la organización y los funcionarios cobijados por ella.⁴⁵

Cualquier excepción a la inmunidad, incluida la posibilidad de excluir a los nacionales, como cualquier aceptación de comparecer ante los tribunales nacionales, debe emanar del tratado, expresamente mediante una excepción pactada⁴⁶ (*waiver*), bien sea en el acto constitutivo o del acuerdo de sede, o un *waiver* surgido de los órganos de gobierno de la organización⁴⁷ capaces de producir derecho organizacional vinculante (resoluciones), como lo ha reiterado también el Comité Jurídico Interamericano en su lineamiento 8 (en las notas del relator), pero nunca del acto unilateral de acreditación y la decisión del Estado receptor que busque limitar la inmunidad.

A estas circunstancias de la reciprocidad y la acreditación, que no son equiparables desde la inmunidad diplomática ni la inmunidad del Estado⁴⁸ a la inmunidad de las organizaciones internacionales, y por ende, a sus funcio-

⁴⁵ Okeke, Edward Chukwuemeke, *Jurisdictional Immunities of States and International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 294.

⁴⁶ “...benefit of such immunity may be refused in some cases. For instance, it may be refused on the basis that the organization waived its immunity, although such waiver is rare. Alternatively, it may be refused because the State before whose courts the matter has been brought is not a party to the convention creating the organization, and the judge does not feel bound to grant immunity on the basis of a customary rule”. Gaillard, Emmanuel y Pingel-Lenuzza, Isabelle, “International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To restrict or to bypass”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 1-15.

⁴⁷ Arévalo-Ramírez, Walter, “Organizaciones Internacionales”, *cit.*

⁴⁸ Almeida, Paula Wojcikiewicz, “L’affaire des immunités juridictionnelles de l’Etat (Allemagne c. Italie): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l’évolution du droit international”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 21-70.

narios nacionales, se suma la imposibilidad de reducir la inmunidad jurisdiccional funcional absoluta de las organizaciones internacionales, emanada de sus acuerdos constitutivos, bajo la doctrina de los actos comerciales que solo tiene sentido en materia de Estados, pero, por el contrario, no es aplicable a las organizaciones internacionales, pues cuando éstas participan de operaciones comerciales cotidianas, también lo hacen para su objeto y fin:

This immunity from jurisdiction prevents law suits against organizations before domestic courts unless they have waived their immunity by consenting to the proceedings. As has been the case with State immunity, there has been pressure to restrict the absolute nature of the immunity granted to international organizations. Indeed, a number of domestic courts have applied to international organizations the concept of restrictive immunity, granting them jurisdictional immunity only in relation to acts *jure imperii* (in the exercise of sovereign authority) rather than acts *jure gestionis* (done privately). Alternatively, it has been argued that the grant of immunity should be conditional on the presence of alternative methods of resolving disputes involving international organizations (Gaillard and Pingel-Lenuzza, 2002). The first approach, which relies on an analogy with State immunity is based on the misapprehension that since international organizations are composed of States they are to be placed in the same position as foreign States. This approach is incorrect for at least two reasons. First, it is contrary to the express provisions of the relevant treaties. Secondly, international organizations are not sovereign entities and do not exercise sovereign authority. Their immunity is not granted to protect sovereign or public acts but is functional and granted in respect of acts done in the exercise of their functions. Such functions and acts may well be commercial and so classified as private if done by a State. This immunity may arise for an international organization in cases where a foreign State will be denied immunity. For example, employment disputes fall within the immunity of an international organization even if the relations with the particular employee might be classified as *jure gestionis*. The second approach, which conditions immunity on the existence of alternative dispute resolution mechanisms, seeks to give effect to the right of access to a court provided in human rights treaties and is reflected in the case law of the European Court of Human Rights.⁴⁹

⁴⁹ Evans, Malcolm, *International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 408-411.

Desde la misma lógica de la interpretación de tratados, cuyas reglas se encuentran contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, incorporada en la mayoría de los órdenes nacionales latinoamericanos por vía de su ratificación y sus correspondientes leyes aprobatorias de tratado o actos de incorporación, se han llegado también a conclusiones respecto a la naturaleza convencional de la inmunidad de las organizaciones internacionales.⁵⁰

Por vía de la interpretación de buena fe del texto del tratado, la interpretación integradora y de efecto útil, mediante el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, (no es posible distinguir por el intérprete dónde la norma no lo hace), cuando el tratado constitutivo de la organización internacional no establece esta excepción a la inmunidad de los nacionales, no le es dado hacerlo al juez nacional.

IV. LA INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO Y CONFUSIÓN DE SU ALCANCE

Un caso controvertido de la recepción e interpretación de la inmunidad de las organizaciones internacionales por autoridades nacionales, que como hemos visto en la jurisprudencia internacional y comparada —previamente presentada—, ha sobrevivido como inmunidad plena, por vía de la aplicación de los preceptos antes explicados, a los embates de las jurisdicciones nacionales que buscan limitarla en distintas materias no admitidas por lo pactado en el convenio constitutivo, o negarla a los funcionarios nacionales de la organización, es el caso de la revisión constitucional en Colombia de estos preceptos de inmunidad.

En sede de la Corte Constitucional de Colombia, el debate de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales y de las misiones diplomáticas se ha debatido fundamentalmente por vía de sus dos competencias principales. La primera de ellas hace referencia a la competencia del

⁵⁰ Por ejemplo en la legislación colombiana, mediante la ley 32 de 1985.

control abstracto de constitucionalidad,⁵¹ donde la Corte Constitucional (de cara a las leyes aprobatorias de tratado de forma previa⁵² a su entrada en vigor⁵³ dentro del proceso de ratificación, o bien, frente a las acciones públicas de inconstitucionalidad frente a esas leyes aprobatorias de tratado⁵⁴ presentadas por ciudadanos de manera posterior a la entrada en vigor) analiza la constitucionalidad de distintos instrumentos que contienen preceptos de las dos inmunidades referidas.

La segunda de estas competencias es la relativa al control concreto, donde los ciudadanos, mediante la acción de tutela, pueden accionar a sujetos públicos o privados ante cualquier juez para la garantía de sus derechos fundamentales frente a una afectación concreta o limitación de ellos. En este escenario han sido numerosas las tutelas de individuos contra misiones diplomáticas, especialmente en el ámbito laboral, y también contra organizaciones internacionales por distintos derechos supuestamente afectados.

En estas ocasiones, la Corte ha llegado a las tutelas por vía de su selección para debatir la jurisdicción en relación con la existencia o no de inmunidad en esa materia, las obligaciones de las misiones diplomáticas y las organizaciones internacionales respecto al alcance de la inmunidad y las obligaciones del Estado frente a la inmunidad, y en caso de responsabilidad.

Como se explicará a través de la presentación de los casos más relevantes, la jurisprudencia colombiana ha reconocido, adecuadamente, la razón de ser de la inmunidad de las organizaciones internacionales y su relación funcional con el objeto y fin de la organización y la soberanía del Estado

⁵¹ Arévalo Ramírez, Walter y García López, Luisa Fernanda, “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio *Ius et Praxis*”, vol. 24, núm. 2, 2018, pp. 393-430.

⁵² Abello Galvis, Ricardo, “La Corte Constitucional y el derecho internacional Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 1, 2005, pp. 305-382.

⁵³ García-Matamoros, Laura Victoria y Arévalo-Ramírez, Walter, “Dos décadas de debates entre la Constitución de 1991 y el derecho internacional. El control constitucional de los tratados, las enmiendas constitucionales y la oposición a sentencias de tribunales internacionales”, *De la constitución de 1991 a la realidad. Debates políticos, jurídicos, territoriales e internacionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015, pp. 347-376.

⁵⁴ Abello-Galvis, Ricardo, “La Corte Constitucional y el Derecho Internacional. Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, 2008, pp. 263-391, disponible en: http://www.anuariocdi.org/anuario-capitulos-pdf/12_Abello.pdf.

sede, pero erróneamente ha trasladado las limitaciones consuetudinarias propias de la inmunidad de las misiones diplomáticas —como no conceder inmunidad a nacionales, y excluirla o limitarla en actos comerciales o laborales— a la inmunidad de las organizaciones internacionales, vulnerando esta distinción fundamental y obviando su naturaleza convencional.

En cuanto al primer punto, un buen recuento jurisprudencial ocurre en la motivación de la Sentencia C-254 de 2003, donde la Corte Constitucional reconoce que la inmunidad de las organizaciones internacionales es producto de lo pactado en su acuerdo constitutivo, y que su alcance es de carácter funcional, aceptando que su naturaleza, alcance y limitaciones se someten a lo acordado y concedido en el convenio constitutivo y acuerdo de sede por los Estados parte, y que tal pacto de inmunidad no vulnera *per se* la soberanía nacional ni el principio de igualdad, como lo decidiera primigeniamente en la Sentencia C-203 de 1995, sobre la ley aprobatoria de tratado del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), como se muestra a continuación:

Para comenzar es necesario advertir que la jurisprudencia constitucional ha admitido la introducción de cláusulas de inmunidad en los tratados internacionales como reconocimiento de que las mismas son medios “que han existido para asegurar la independencia de los representantes diplomáticos, y que se han extendido a las organizaciones internacionales, a sus bienes y funcionarios también para asegurar la autonomía de esas entidades”.⁵⁵ Adujo en este contexto que la institución de la inmunidad no es *per se* contraria al ordenamiento jurídico.

Lo mismo subrayó cuando revisó la exequibilidad de la Ley 464 de 1998 que aprobó el “Convenio Internacional de las Maderas Tropicales”, suscrito en Ginebra en 1994. El artículo 17 de dicha Convención establece un sistema de inmunidades y privilegios similar al que contiene la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica. El numeral 3° de dicho artículo señala que “La organización [Internacional de Maderas Tropicales] podrá concertar con uno o más países acuerdos, que habrán de ser aprobados por el Consejo, sobre las facultades, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el debido funcionamiento del presente Convenio”.

⁵⁵ Con referencia a la Corte Constitucional a sus sentencias C-203 de 1995, C-137 de 1996 y C-200 de 1997.

En relación con esta disposición, que faculta a la organización internacional para establecer regímenes de inmunidades a favor de sus miembros, la Corte adujo que las inmunidades y privilegios conferidos a miembros de organismos internacionales se ajustan a la Carta Política siempre y cuando estén encaminadas a la “defensa, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate y de los Estados que acuerdan conceder dichas prerrogativas”.⁵⁶ La Corte agregó que de no hacerse tal salvedad, “[b]ajo el manto de buenas intenciones patrocinadas por el Convenio, que la Corte respeta y alienta [...] cláusulas como la analizada pueden constituirse en el germen de tratamientos diferenciales y privilegiados que den cabida a injusticias y desequilibrios”.

Dicha posición refrendó lo sostenido por la Corte en la Sentencia C-137 de 1996 a propósito de la revisión constitucional de la Ley 208 de 1995, por la cual se aprobó el “Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología”, hecho en Madrid en 1983.

Al igual que la Convención sobre el Manejo de Maderas Tropicales, el Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología cuenta con una norma destinada a regular los privilegios e inmunidades de los miembros del Centro. El artículo 13 del Estatuto prescribe, entre otras cosas, que “6. Los funcionarios del Centro gozarán de las prerrogativas e inmunidades que dispone el Artículo V de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas”, que “5. Los representantes de los Miembros gozarán de las prerrogativas e inmunidades que dispone el Artículo IV de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas”, y que “7. Los expertos del Centro gozarán de las mismas prerrogativas e inmunidades estipuladas para los funcionarios del Centro en el párrafo 6 que antecede”.

Frente a dichas disposiciones la Corte sostuvo que las inmunidades conferidas a los miembros de un organismo internacional son concesiones ofrecidas con fundamento en disposiciones de derecho internacional que no quebrantan por sí mismas el concepto de soberanía nacional.⁵⁷

⁵⁶ Con referencia a la Corte Constitucional a su Sentencia C- 442 de 1996.

⁵⁷ Sentencia C-254/03.

“Por otra parte, las disposiciones que consagran privilegios e inmunidades a favor del Organismo creado y de sus directivos y dignatarios se enmarcan dentro de los principios del Derecho Internacional, reconocidos por Colombia según el artículo 9 de la Constitución Política. (...) No puede decirse que la consagración de estos privilegios e inmunidades vulneren el derecho a la igualdad (Artículo 13 C.P.), respecto de personas colombianas, ya que, como la Corte lo ha señalado reiteradamente, la igualdad se predica

El caso de la Sentencia C-254/03 es relevante pues lo ocurrido en ella, donde justamente la cláusula de inmunidad del tratado decidió excluir a los funcionarios nacionales de la organización de energía atómica que cumplan funciones en Colombia. Esto debería implicar que la Corte Constitucional se hubiera mantenido en la línea de analizar la inmunidad de las organizaciones sin limitarla unilateralmente mediante la indebida aplicación a ella de las limitaciones de la inmunidad diplomática, como ocurrió en los casos siguientes.

La Sentencia C-788 de 2011, relativa al Acuerdo de Cooperación y Régimen de Privilegios e Inmunidades entre la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno de la República de Colombia, hace una generalización de las limitaciones consuetudinarias a la inmunidad propias de las misiones diplomáticas, y las traslada también a las organizaciones internacionales. A pesar de reconocer que la inmunidad concedida a las mismas no vulnera la soberanía nacional, exceptuando la inmunidad de la organización en situaciones no pactadas en el convenio, aparentemente indica que a las organizaciones internacionales, según la Corte Constitucional colombiana, también aplicarían las limitaciones a la inmunidad.

Las materias que la sentencia indebidamente extiende a las organizaciones internacionales tales limitaciones, incluyen: i) lo laboral, donde las misiones diplomáticas y las organizaciones internacionales al contratar nacionales quedarían suscritas a las prestaciones sociales de ley, lo que no es correcto en el caso de las organizaciones internacionales desde el punto de vista del derecho internacional; ii) en el ámbito extracontractual y en lo relativo al derecho de sucesiones, donde indicó que los miembros del cuerpo diplomático no tienen inmunidad por actos fuera de su función de representación de Estado y deben someterse a la jurisdicción civil, como también para los “actos comerciales”, excepción que, como vimos anteriormente, no puede ser aplicada a la organización internacional pues a ella no aplica la diferencia entre *actos iure gestionis* y *iure imperii*, y iii) en cuanto a lo administrativo y penal, admitió que debe remitirse a lo pactado sobre la inmunidad de jurisdicción plena, dejando como mecanismo residual, para no afectar

de situaciones iguales, de tal modo que las diferencias de trato pueden admitirse cuando se encuentran justificadas. En el caso de los funcionarios y representantes de organismos internacionales, las normas especiales acordadas entre los estados miembros y la protección que se les brinda tienen su razón de ser en la función que cumplen, como integrantes de delegaciones diplomáticas”. Sentencia C-203 de 1995.

el principio de igualdad y el igualitario soporte de las cargas públicas,⁵⁸ que los ciudadanos que se vean afectados por la inmunidad deberán proceder a demandar al Estado.⁵⁹

⁵⁸ Sentencia C-788 de 2011: “En la sentencia C-315 de 2004, la Corte no hizo ningún reparo. Sin embargo, es preciso aclarar que en la Sentencia C-863 de 2004, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 877 de 2 de enero de 2004, “Por medio de la cual se aprueba «la Convención sobre la Seguridad Personal de las Naciones Unidas y el personal asociado», suscrita en Nueva York el 9 de diciembre de 1994, la Corte afirmó que en concordancia con lo dispuesto en dicha convención, el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado tienen la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. En este sentido, aunque la Corporación consideró constitucional el artículo de la Convención según el cual, el personal militar o de policía asociado a las Naciones Unidas no puede ser detenido ni interrogado cuando haya sido capturado en el curso del desempeño de sus funciones y se haya establecido su identidad, pues “debe ser devuelto a las Naciones Unidas o a las autoridades pertinentes, y en todo caso tratado de conformidad con las normas de derechos humanos universalmente reconocidas y con los principios y el espíritu de los Convenios de Ginebra de 1949”, también fue enfática en sostener que los privilegios de los que goza el personal de Naciones Unidas, “no implican la impunidad frente a posibles delitos cometidos por este personal durante su paso por territorio colombiano. Según las normas penales aplicables, incluso de conformidad con las normas internacionales, los privilegios e inmunidades no tienen como consecuencia la impunidad por los delitos cometidos por agentes amparados por ellas. En el caso de delitos cometidos por personal que goza de privilegios o inmunidades, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación deben ser garantizados, por lo que cabe la indemnización de los perjuicios ocasionados a las víctimas, incluso a cargo del Estado colombiano cuando se reúnan los requisitos para ello”.

⁵⁹ Sentencia C-788 de 2011: “A continuación, se resumen las consideraciones que expuso la Corte en esa oportunidad, en relación con la inmunidad de jurisdicción restringida en materia civil y administrativa: (1) El principio de inmunidad de jurisdicción no implica que la víctima de un daño antijurídico causado por una misión diplomática no pueda obtener la indemnización respectiva. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en la materia, si «por un tratamiento de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo (...)». De este modo, el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas ocasionado por la actividad legítima del Presidente de la República y el Congreso, que genera un daño antijurídico, impone al Estado el deber de reparar a los afectados. (2) Los locales, archivos, documentos y la correspondencia oficial de la misión diplomática son inviolables. (3) La inmunidad de jurisdicción de los representantes del Estado que envía la misión especial y de los miembros de su personal diplomático «no los eximirá de la jurisdicción del Estado que envía». (4) los representantes del Estado que envía la misión especial y de los miembros

De igual manera lo ha desarrollado el Consejo de Estado:

Esta Corporación ha definido en sede de tutela y en materia de control de constitucionalidad, las siguientes limitaciones a la inmunidad de los agentes de Estados extranjeros y organismos de derecho internacional que se encuentren en el territorio nacional:

1. La jurisdicción laboral. En la sentencia T-932 de 2010, la Corte analizó el caso de una ciudadana a favor de quien la Misión Diplomática de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, dejó de realizar los aportes al Sistema de Pensiones. Para resolver el caso concreto, en las consideraciones generales del fallo, la Sala Novena de Revisión llegó a tres conclusiones principales: (i) de manera progresiva, el derecho internacional ha reconocido que los Estados y los organismos internacionales tienen inmunidad restringida en materia laboral, es decir, ha aceptado que las misiones diplomáticas y los organismos supranacionales pueden ser llamados a juicio por tribunales locales “cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional (...); (ii) cuando un Estado extranjero celebra un contrato laboral con un nacional colombiano, debe someterse irrestrictamente a las normas laborales internas, razón por la que “un Estado acreditante no puede alegar inmunidad por reclamos derivados del contrato de trabajo o de la ejecución de relaciones laborales”; y (iii) la celebración de contratos de trabajo con nacionales colombianos obliga a las misiones diplomáticas y a los organismos supranacionales a asumir el riesgo de vejez, “mediante la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales o incluso a otras entidades de previsión social que cubrieran tal riesgo”.

En consonancia con las conclusiones anotadas, al constatar que la accionante podía acudir ante los jueces laborales para obtener el amparo de sus pretensiones, y ante la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para garantizar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, la Corte concedió la tutela interpuesta como mecanismo transitorio y ordenó al Jefe de la Misión Diplomática de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia pagar a la accionante “la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente conforme a las normas colombianas, a título de pensión provisional de vejez y hasta tanto la justicia ordinaria laboral resuelva de fondo la con-

de su personal diplomático gozan de inmunidad en el Estado receptor, únicamente por los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales”.

troversia en materia de derechos laborales que planteará la actora”. Así, se puede concluir que la acción de tutela sí es procedente para obtener la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de quien ha prestado sus servicios a una misión diplomática o a un organismo internacional, cuando el empleador ha omitido dar cumplimiento al deber de realizar los aportes correspondientes al Sistema de Pensiones.

2. Las jurisdicciones civil y administrativa.⁶⁰

La Sentencia C-788 de 2011 también deja entrever una curiosa circunstancia en la lógica de la Corte Constitucional que profundiza la dificultad de su aproximación a la inmunidad de las organizaciones internacionales: la Corte Constitucional ha tomado como parámetro generalizable, las limitaciones a la inmunidad pactadas en la “Convención sobre las Misiones Especiales de las Naciones Unidas”, tratado que analizó en la Sentencia C-315 de 2004 y que citó repetidamente en decisiones como la C-788 de 2011. Las limitaciones a la inmunidad allí pactadas no son extensibles a todas las organizaciones internacionales y a sus convenios constitutivos, pero la corte pareciera tomarlo como una guía para entender la inmunidad en sí misma.

Mediante la Sentencia C-315 de 2004, la Sala Plena de esta Corte declaró la constitucionalidad de “La Convención sobre las Misiones Especiales” de las Naciones Unidas —abierta a la firma en Nueva York el 16 de diciembre 1969—, así como de la Ley aprobatoria 824 de 2003. De acuerdo con el artículo 31 de dicha Convención, los representantes de un Estado y los miembros del personal diplomático gozan de inmunidad civil y administrativa, salvo en estos casos: “a) una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que la persona de que se trate los posea por cuenta del Estado que envía para los fines de la misión; b) una acción sucesoria en la que la persona de que se trate figure, a título privado y no en nombre del Estado que envía, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por la persona de que se trate en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales [y] d) una acción por daños resultante de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate”. Con fundamento en las disposiciones anteriores, en la citada sentencia, luego de reiterar que el principio de inmunidad

⁶⁰ Sentencia C-788 de 2011.

de jurisdicción restringida no contradice la Constitución pues no vulnera por sí mismo el principio de igualdad, la Corte afirmó que los artículos que abordan el tema contenidos en la Convención deben ser entendidos de conformidad con (i) la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo concerniente a la jurisdicción administrativa, y (ii) los demás artículos de la misma Convención que se refieren a las obligaciones generales que deben satisfacer los integrantes de una misión diplomática [...] 3. La jurisdicción penal. La citada Convención sobre las Misiones Especiales de las Naciones Unidas, incorporada al ordenamiento jurídico interno por la Ley 824 de 2003, también señala en su artículo 31 que los representantes de un Estado y los miembros del personal diplomático gozan de inmunidad penal en el Estado receptor”.

Esta argumentación y limitaciones extendidas a la inmunidad de las organizaciones internacionales derivadas de la inmunidad diplomática en la Sentencia C-788 de 2011, es replicada en la Sentencia C-267 de 2014 sobre el Acuerdo entre Colombia y La Organización para la Prohibición de las Armas Químicas sobre Privilegios e Inmunidades de la OPAQ.⁶¹

En el ámbito del control concreto, bajo la acción de tutela por solicitudes de comparecencia éstas se realizaran frente a las organizaciones internacionales por parte de autoridades nacionales o por vía de derecho de petición en protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la Corte Constitucional en los casos siguientes, ha cometido ciertos ires y venires. Por un lado, reconoce las excepciones ya admitidas en sus otras sentencias previamente citadas, por el otro, fortalece el criterio de inmunidad de jurisdicción penal, pero ha recalcado que tanto misiones diplomáticas como organizaciones internacionales tendrían que comparecer en lo laboral, situación que contradice el estado actual del derecho internacional en la materia explicado en la primera parte de este artículo.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-611 de 2011, recopila casos⁶² en que organizaciones internacionales con sede en su territorio han sido lla-

⁶¹ Sentencia C-267 de 2014 sobre tutela a organizaciones internacionales:

⁶² “5.2.1 El tema del principio de inmunidad de jurisdicción frente a la procedibilidad de la acción de tutela contra organismos internacionales para obtener la protección del derecho fundamental de petición, únicamente ha sido abordado por la Corte en tres sentencias, por lo que en seguida se hará una breve referencia a cada una de ellas:

5.2.1.1 En la sentencia T-883 de 2005, la Corte estudió las sentencias proferidas en el trámite de la acción de tutela instaurada por un ciudadano contra el Programa de las Naciones

madas a responder peticiones de autoridades o ciudadanos y compara la obligación inexorable de las misiones diplomáticas de atender estas solicitudes, laborales y de derecho de petición, que tienen las misiones diplomáticas, con el “deber” de comparecencia que tienen según ella las organizaciones internacionales, que ejercerán bajo la potestad de dictaminar si comparecen o no, siempre que hacerlo, según su propio juicio, no afecte su objeto y fin. Este última prueba, aunque más favorable que una eliminación total de la inmunidad en la materia, tampoco corresponde con los preceptos ya explicados que el derecho internacional contempla a la inmunidad funcional plena de carácter convencional de las organizaciones internacionales.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia T-611 de 2011:

Para resolver el caso concreto, en aplicación de la tesis desarrollada en la Sentencia T-883 de 2005, ya citada, la Sala Séptima de Revisión afirmó:

Unidas para el Desarrollo (PNUD), por considerar que dicho programa vulneró sus derechos fundamentales de petición y honra.(...) Para resolver el caso concreto, en las consideraciones generales de la sentencia, la Sala Quinta de Revisión explicó que en el ámbito constitucional, el principio de inmunidad de jurisdicción debe atender a varios aspectos. En primer lugar, señaló que el principio en comento «no puede entenderse como una habilitación que ampara conductas arbitrarias y que pueden resultar lesivas de derechos consagrados y protegidos por el ordenamiento interno», pues la inmunidad otorgada por el Estado colombiano a un organismo de derecho internacional, solo puede ser considerada constitucional si responde «a la necesidad de asegurar la independencia y neutralidad de las labores que desarrolle el sujeto de derecho internacional correspondiente». En segundo lugar, sostuvo que dada la tendencia actual seguida por la mayoría de Estados de conceder inmunidad restringida a autoridades extranjeras, «es posible que el texto mismo del tratado o convenio respectivo, establezca el mecanismo a través del cual se pueden solucionar las controversias en las que se vean involucrados sujetos que gozan de inmunidades reconocidas por los Estados, con lo que se garantiza, además, la protección efectiva de los derechos de los individuos[25]». Y en tercer lugar, concluyó que ante la necesidad de garantizar la protección de los derechos vulnerados, particularmente del derecho al acceso a la administración de justicia, «en los casos en los que la protección del derecho exija la realización de determinada conducta por el sujeto que goza de inmunidad, podría el afectado solicitar al Estado colombiano que supla la actuación del funcionario u organización respectiva, en el evento en que ello fuere posible, toda vez que por esa vía se garantizarían los derechos de la persona, respetando la inmunidad que fue reconocida por el Estado».

Con fundamento en lo anterior, la Corte negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, al estimar que era el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de organismo ejecutor del Proyecto para la Modernización de la Administración Financiera Pública, y no el PNUD, la entidad encargada de dar respuesta a la petición presentada por el actor”.

“Ahora bien, en el caso concreto el demandante interpuso la acción de tutela contra el PNUD por la supuesta violación de su derecho fundamental de petición, razón por la cual pareciera necesario indagar si realmente la actuación del organismo internacional afectó el derecho invocado y si dicho organismo puede ser demandado en sede de tutela para reparar tal afectación. No obstante, encuentra la Sala que en el presente caso existe una instancia estatal a la cual puede imputársele también la vulneración del derecho invocado y la cual adicionalmente esta en capacidad de reparar la trasgresión, pues el juez de primera instancia vinculó al trámite de la tutela a la Alcaldía Mayor de Bogotá, sobre cuya legitimidad pasiva no existen dudas y la cual, adicionalmente, ha actuado a lo largo del presente proceso como sujeto demandado. Cabe recordar también que el Sr. Fernández de Soto Londoño inicialmente formuló una petición, en idéntico sentido a la posteriormente formulada al PNUD, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, la cual fue respondida en sentido negativo.

Las anteriores razones llevan a concluir que en el presente caso existe una instancia estatal que funge como responsable de la presunta vulneración del derecho de petición, la cual ha sido vinculada al trámite de la acción de tutela, razón por la cual no es preciso —en esta específica oportunidad— pronunciarse sobre las inmunidades del organismo internacional y sobre su responsabilidad en la afectación de los derechos fundamentales del peticionario. Máxime cuando el proceso de contratación, en el cual tuvo origen la disputa iusfundamental, tiene como beneficiario a la entidad distrital (Negrilla fuera del texto original).

Por lo anterior, la Corte tuteló el derecho fundamental de petición del accionante y ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá entregarle la información requerida.

5.2.2 Ahora bien, aunque de manera general se comparte la posición jurisprudencial de la Corte expuesta anteriormente, se estima que la misma no ha tenido en cuenta aspectos de vital importancia que permitirían conciliar de mejor manera la prevalencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno y el principio de inmunidad de jurisdicción restringida de los organismos internacionales.

5.2.2.1 En efecto, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, como ya se explicó, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas “a las autoridades” por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (Negrilla fuera del texto original).

5.2.2.2 Al respecto, esta Corporación ha señalado que el término “autoridad” puede ser definido como la “potestad de que se halla investida una persona, que proviene del Estado y que comporta la obligatoriedad de sus decisiones para quie-

nes se encuentran subordinados a ella...”. Sin embargo, frente al derecho fundamental de petición, como se dijo en el fundamento jurídico cuatro de esta providencia, la Corte Constitucional ha sostenido que ese derecho puede ser ejercido contra particulares, esencialmente en dos casos: (i) cuando el particular presta un servicio público o realiza funciones públicas; y (ii) en el evento en que la protección de otro derecho fundamental haga necesaria la respuesta o la ausencia de respuesta sea lesiva de otro derecho fundamental.

5.2.2.3 En este sentido, es claro que los organismos internacionales no son autoridades públicas, pues no ejercen dominio sobre los ciudadanos, y tampoco particulares en sentido estricto dado el régimen de privilegios al que se encuentran sujetos, según los convenios y tratados que se suscriban para el efecto.

5.2.2.4 Empero, desde la perspectiva del principio de inmunidad de jurisdicción restringida y en virtud de la soberanía del Estado colombiano, se considera que los organismos internacionales sí estarían obligados a dar respuesta directa a las peticiones respetuosas presentadas por los ciudadanos en el territorio nacional, en principio, en los siguientes supuestos:

(1) Cuando la respuesta a la petición no amenace la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y en el caso de los organismos y agencias internacionales, no ponga en riesgo la autonomía que necesitan para el cumplimiento de su mandato.

(2) Cuando de la respuesta a la petición dependa la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de quien tenga una relación de subordinación respecto de la misión diplomática o el organismo internacional.

(3) Cuando de la respuesta a la petición presentada dependa la protección de “derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional”.

Se estima que los supuestos anotados no lesionan el principio de inmunidad restringida de los organismos internacionales y las misiones diplomáticas, porque no solo son respetuosos del artículo 9 de la Constitución Política; también tienen en cuenta que en virtud de la jurisprudencia constitucional, los privilegios e inmunidades de los Estados y las agencias internacionales huéspedes en Colombia no son absolutos, comoquiera que están supeditados a la garantía de intereses superiores como la independencia, igualdad y soberanía de los Estados, y la autonomía de los organismos internacionales.

De igual manera, dichos supuestos no son contrarios al principio de prevalencia de los derechos fundamentales, porque reconocen la obligación del Estado colom-

biano de asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción, cuando esos derechos sean vulnerados por personas naturales o jurídicas que gozan de inmunidad.

En este sentido, los supuestos enunciados guardan correspondencia con los fundamentos esenciales por los cuales las inmunidades y privilegios otorgados a los organismos de derecho internacional son constitucionales, y al mismo tiempo con el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia sobre el carácter restringido de la inmunidad de jurisdicción, particularmente en materia laboral.⁶³

Sobre la misma tendencia, de limitación no convencional de la inmunidad de las organizaciones internacionales que pueda implicar para la Corte Constitucional su obligación o “deber” de comparecencia, otra decisión de tutela, la Sentencia T-093 de 2012, reafirma la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, pero curiosamente afirma que Colombia ha sido parte del proceso histórico en el que las inmunidades diplomáticas se van trasladando al ámbito de las organizaciones internacionales, donde la corte erróneamente traspasa a las segundas, las excepciones emanadas de la costumbre para las primeras, criterio que como se ha reiterado, no es admisible:

4.2.1. El Estado colombiano ha reconocido que las inmunidades y prerrogativas que concede el país a funcionarios de organizaciones internacionales o representantes diplomáticos de otros Estados, en garantía de la necesidad de asegurar la independencia y neutralidad de las labores que desarrolle el sujeto de derecho internacional correspondiente, armonizan con las disposiciones de la Constitución Política. Se trata, principalmente, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas, del 13 de febrero de 1946, ratificada por Colombia mediante la Ley 62 de 1973, instrumento del que Colombia es parte y se encuentra obligado ya que no lo ha denunciado, ni ha condicionado o ha hecho reserva de alguna de sus disposiciones.

4.2.2. La inmunidad, para el caso que nos ocupa, constituye, entonces, una regla de carácter procesal que opera como excepción y que reviste dos manifestaciones fundamentales: (i) la inmunidad de jurisdicción como tal, que se refiere a la incompetencia de los jueces nacionales para juzgar a determinados sujetos de derecho internacional, que pueden ser otros Estados u organizaciones internacionales

⁶³ Sentencia T-611 de 2011.

y (ii) la inmunidad de ejecución, la cual impide que se haga efectiva determinada decisión judicial, en caso de que el procedimiento contra el sujeto de derecho internacional se hubiere llevado a cabo. Al respecto, la Corte ha expresado:

...del principio de soberanía, independencia e igualdad de los Estados se deriva una regla de derecho internacional público, reconocida por la costumbre y las convenciones internacionales en virtud de la cual los agentes y bienes de Estados extranjeros deben ser inmunes frente a la actuación coercitiva de las autoridades públicas de los Estados huéspedes. Este principio se hizo extensivo a los funcionarios y bienes de las agencias o centros internacionales a fin de garantizar, fundamentalmente, la independencia de dichos organismos en el cumplimiento de sus funciones, donde quiera que, en virtud de un acuerdo internacional, operaran.⁶⁴

En conclusión, la recepción y desarrollo de los preceptos de inmunidad explicados anteriormente por parte de la jurisdicción colombiana es contradictoria y problemática. La jurisprudencia colombiana, como se evidencia en las decisiones previamente explicadas, no identifica correctamente la naturaleza de las fuentes que gobiernan cada tipo de inmunidad —la diplomática y la de las organizaciones internacionales—, generando confusiones sobre las restricciones que son admisibles a la misma.

En primer lugar, en varias sentencias de su primera época o primera corte, como la C-203 de 1995, y gran cantidad de sentencias posteriores que la citan, como las C-254 de 2003, la Corte Constitucional reconoce la naturaleza funcional y convencional de la inmunidad de las organizaciones internacionales, lo que debería ser fundamento jurisprudencial para que las autoridades nacionales y ella misma reconocieran que se trata de una inmunidad que se estudia caso por caso y de ser pactada como plena para una organización, así debe mantenerse y solo serán aplicables a ella las excepciones emanadas de su propio convenio constitutivo, por ejemplo, la excepción de no extender a nacionales funcionarios de la organización ninguna inmunidad, como se pactó en el instrumento analizado por la Sentencia C-254 de 2003.

Posteriormente, en un conjunto amplio de sentencias cuyos argumentos terminan condensados y recogidos en las decisiones C-788 de 2011 (Acuerdo de Cooperación y Régimen de Inmунidades entre la Organización Inter-

⁶⁴ Sentencia T-093 de 2012.

nacional para las Migraciones y el Gobierno de Colombia) y la C-267 de 2014 (Acuerdo entre Colombia y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas sobre Privilegios e Inmunidades de la OPAQ), comienza un fenómeno jurisprudencial tan confuso como curioso: la Corte Constitucional empieza a traer las excepciones derivadas de la costumbre, aplicadas a la inmunidad diplomática, que ha tenido oportunidad de conocer entre sus inicios (1994) y esta segunda década (2010 en adelante) por vía de sentencias de tutela frente a problemas concretos de inmunidad de misiones diplomáticas en incumplimiento de contratos y controversias laborales, y las hace aplicables a los estudios de control abstracto de las leyes aprobatorias de tratado de los acuerdos de inmunidad de las organizaciones internacionales, no solo generando la confusión de que ambos tipos de inmunidad son gobernados por la costumbre, sino generando el difícilmente sostenible argumento a nivel internacional, de que la inmunidad de las organizaciones es *per se* restringida, cuando en realidad su alcance restringido o pleno derivada del convenio.

Esto deriva en situaciones complejas para la defensa de la inmunidad internacional, según se ha pactado en los tratados en el caso de las organizaciones internacionales en la jurisdicción colombiana, que se evidencian en decisiones de la misma época o un poco posteriores, donde por vía de control concreto, sentencias de tutela, se acciona en contra de las organizaciones internacionales, como las referidas sentencias T-883 de 2005, T-611 de 2011 y T-093 de 2012 y en donde la Corte Constitucional, contrario al estándar internacional explicado al inicio del artículo, termina de consolidar tres impropiedades fundamentales frente a las organizaciones internacionales y su inmunidad.

En primer lugar, derivar de su concepción restringida de la inmunidad, la idea de que puede adicionar o presumir limitaciones a la inmunidad de las organizaciones internacionales que no estén pactadas en el tratado, muchas de ellas, meras asimilaciones de las limitaciones consuetudinarias de la inmunidad diplomática, como los asuntos laborales, extracontractuales o sucesorales. Ya existe en el precedente comparado, un importante número de casos, como *Broadbent vs. OAS*, donde tribunales de superior jerarquía indicaron que no se podían someter a la legislación nacional asuntos laborales si esa excepción no estaba pactada en el convenio constitutivo y que la restricción a la inmunidad en materia laboral no se puede presumir. Véase el siguiente ejemplo:

Treatise writers on the law of international organizations have recognized the force of the argument made in text. See, e. g., M. B. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations* 12 (1967), which discusses suits such as the instant case in the following terms:

At first sight, disputes of this sort could be referred to municipal tribunals. The organization normally possesses immunity, but immunity can be waived. However, the special nature of the law governing employment in international organizations, closely linked as it is with delicate questions of administrative policy, makes municipal tribunals totally unsuited to deal with it. It would be like an English court trying to judge a dispute between the French government and one of its officials. Courts in all countries usually refuse to handle questions of foreign public law, and, in the same way, a number of municipal courts have held themselves incompetent to judge claims brought by international civil servants against the organizations which employ them, not on the grounds of immunity, but on the grounds of the special law applicable.

There is therefore a vacuum which needs to be filled by the organizations themselves. The creation of an independent body, empowered to make binding decisions in legal disputes between an organization and its staff, is by no means an altruistic gesture from the organization's point of view; without it, officials might suffer from a sense of injustice which would impair the smooth running of the Secretariat.

The court notes that the OAS, like most international organizations, has established elaborate internal grievance machinery.

We hold that the relationship of an international organization with its internal administrative staff is noncommercial, and, absent waiver, activities defining or arising out of that relationship may not be the basis of an action against the organization — regardless of whether international organizations enjoy absolute or restrictive immunity.⁶⁵

En segundo lugar, desarrollar una doctrina, contradictoria en su seno, de un deber de comparecencia de las organizaciones internacionales, genérico a todas ellas, frente a instrumentos constitucionales como el derecho de petición cuando se encuentren involucrados derechos fundamentales, pero a la vez, dándoles la salvaguarda de no comparecer si las mismas organizaciones consideran que la solicitud afecta su independencia y su objeto y fin, y por tercero y último, en el proceso aplicar mal la doctrina del Consejo de

⁶⁵ *Broadbent v. Organization of Am. States*, 628 F.2d 27, D.C. Cir., 1980.

Estado en la materia, pues las decisiones de aquel han implicado tanto la no comparecencia de la organización internacional, como el desarrollo claro del principio de que como contracarga de la inmunidad de las organizaciones internacionales, será el Estado el que salga a atender las demandas de terceros que puedan involucrar organizaciones internacionales, las cuales no deberán comparecer y será el Ministerio de Relaciones Exteriores el que asista al proceso, y el Estado el que repare en caso de daño.⁶⁶

V. CONCLUSIÓN

Como conclusión, consideramos necesario un ajuste y separación clara de los dos tipos de inmunidad y su alcance en la jurisdicción colombiana, para evitar que esta afectación a la inmunidad de las organizaciones internacionales derive en arbitrariedades de los jueces y autoridades nacionales, que bajo estos mismos preceptos, podrían seguir derivando excepciones de la inmunidad diplomática y aplicarlas a las organizaciones internacionales de manera generalizada y sin observar lo pactado en su convenio constitutivo y acuerdo de sede.

Estos errores podrían derivar incorrectamente en que los funcionarios nacionales de una organización internacional no cuenten con la inmunidad pactada por el solo hecho de ser nacionales, o construir, localmente, limitaciones a la inmunidad en materia tributaria de tales funcionarios, las reglas migratorias que deben atender, imponerles procedimientos de acreditación que no fueron pactados en el tratado de la organización y que son propios del ámbito de la inmunidad diplomática, entre otras conductas que constituirían en sí mismas una violación a la inmunidad de la organización y al convenio constitutivo, y con ello, un hecho internacionalmente ilícito generador de responsabilidad internacional, violando por demás la obligatoriedad de los tratados como pilar del derecho internacional, principio reconocido por Colombia.⁶⁷

⁶⁶ Véase Acción de tutela 41001 -23-33-000-2019-00436-0 1. Sentencia segunda instancia. Consejo de Estado, Colombia. Sala de lo contencioso administrativo. Sección quinta. Magistrada ponente : Rocio Araujo, 31 de octubre de 2019.

⁶⁷ Sentencia C-358 de 1997.

Estas violaciones y limitaciones a la inmunidad de las organizaciones internacionales, justamente como lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en su famosa opinión consultiva de 1949 conocida como “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”,⁶⁸ pueden generar un derecho a la organización internacional, como sujeto del derecho internacional, de invocar la responsabilidad internacional contra el Estado y la reparación del daño por todos los mecanismos diplomáticos y jurisdiccionales a su alcance.

VI. AGRADECIMIENTOS

El presente artículo es parte de los resultados de la línea de investigación “El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales” del Observatorio de Derecho Internacional del Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO-GALVIS, Ricardo, “La Corte Constitucional y el derecho internacional. Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 1, 2005.
- ABELLO-GALVIS, Ricardo, “La Corte Constitucional y el derecho internacional. Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, año 1, núm. 1, 2008, disponible en: http://www.anuariocdi.org/anuario-capitulos-pdf/12_Abello.pdf.
- ABELLO-GALVIS, Ricardo, “La costumbre como fuente de derecho internacional: una caja de pandora imposible de cerrar”, *Derecho internacional:*

⁶⁸ “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations”, Opinión Consultiva, ICJ Rep 174, ICGJ 232, 1949.

- varias visiones, un maestro. Liber amicorum en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.
- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz, “L’affaire des immunités juridictionnelles de l’Etat (*Allemagne c. Italie*): la Cour Internationale de Justice à contre-sens de l’évolution du droit international”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, Bogotá, 2018.
- ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter y GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda, “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico. Teorías y casos de estudio”, *Ius et praxis* vol. 24, núm. 2, 2018.
- ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter, “Organizaciones Internacionales”, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.
- BARKER, J. Craig; COLIN, Warbrick y MCGOLDRICK Dominic, “State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection against Legal Action?” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, núm. 4. 1998.
- BERENSON, William M., “Squaring the Concept of Immunity with the Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of OAS”, *The World Bank Legal Review*, 2012.
- BONYUET LEE, Díckar y PÉREZ PACHECO, Yaritza, “Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XX, 2020, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/14477>.
- BROWN, Jonathan. “Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, núm. 1, 1988.
- EVANS, Malcolm, *International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- EVANS, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2018.
- FLOR PATIÑO, Imanol de la y PORTILLA GÓMEZ, Juan Manuel, “Las inmunidades diplomáticas en el derecho comparado (México-Estados Unidos) y en el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, 2016.

- GAILLARD, Emmanuel y PINGEL-LENUZZA, Isabelle, “International Organizations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002.
- GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria y ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter, “Dos décadas de debates entre la Constitución de 1991 y el derecho internacional. El control constitucional de los tratados, las enmiendas constitucionales y la oposición a sentencias de tribunales internacionales”, *De la constitución de 1991 a la realidad. Debates políticos, jurídicos, territoriales e internacionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.
- GAZZINI, Tarcisio, “Personality of International Organizations”, en KLABBERS, Jan y WALLEND AHL, Åsa (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Edward Elgar Publishers, 2011.
- GODIO, Leopoldo, “Evolución, actualidad y tendencias en materia de privilegios e inmunidades de organismos internacionales”, *RECORDIP*, vol. 1, núm. 2. 2011.
- JENKS, Clarence Wilfred, *The Proper Law of International Organizations*, 1962.
- KLABBERS, Jan, *An Introduction to International Organizations Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2015.
- MACLEAN, Robert Joseph-Blaise y ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter, “The Expulsion of Resident Colombian Nationals During the Colombia-Venezuela Border Dispute: An «under the Radar» Case for Diplomatic Protection of Human Rights?” *Universitas*, vol. 68, núm. 138, 2019.
- MILLER, Anthony, “Privileges and Immunities of United Nations Officials”, *International Organizations Law Review*, vol. 4, núm. 2, 2008.
- O’KEEFE, Patrick J., “Privileges and Immunities of the Diplomatic Family”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976.
- OKEKE, Edward Chukwuemeke, *Jurisdictional Immunities of States and International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- PAJUSTE, Tiina, “The Evolution of the Concept of Immunity of International Organizations”, *East-West Studies: Journal of Social Sciences of Tallinn University Law School*, vol. 8, 2018.
- PORTILLA PARRA, Sebastian y RODRÍGUEZ BOLAÑOS, Maicol Andrés, “Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del «ius cogens»”, *Opinión Jurídica*, vol. 19, núm. 38, 2020.
- QUINTANA ARANGUREN, Juan José y GUZMÁN CARRASCO, Gonzalo, “De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de juris-

- dicción de los Estados”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8. 2006.
- REINISCH, August, “Contracts between International Organizations and Private Law Persons”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, 2006.
- REINISCH, August, *International Organizations before National Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- RIOS, Greta L. y FLAHERTY, Edward P., “International Organization Reform of Impunity-Immunity is the Problem”, *ILSA J. Int’l & Comp. L.*, vol. 16, 2009.
- TÉLLEZ NUÑEZ, A., “Aproximación multidimensional al régimen de responsabilidad internacional y al principio de no intervención. El problema hermenéutico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7492>.
- TESFAGABIR, Kibrom, “The State of Functional Immunity of International Organizations and their Officials and why it Should be Streamlined”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, núm. 1, 2011.
- VAN ERT, Gib; ALLEN Greg J. y ROBB Rebecca, “Canadian Cases in Public International Law in 2013”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 51, 2013.
- VARGAS, Juan Carlos y RODRIGUEZ-WEIL, Eduardo. “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2013.
- WOOD, Michael, “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, núm. 3, 2015.

O fundamento do direito internacional público: uma releitura da *Vereinbarung*

The Foundation of Public International Law: A Reassessment of the Vereinbarung

La fondation du droit international public: une relecture du Vereinbarung

Vinicius Hsu Cleto*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A miríade de teorias explicativas e a contra-posição entre objetivistas e positivistas*. III. *As críticas ao voluntarismo e ao objetivismo*. IV. *A Vereinbarung de Triepel: apresentação e resposta às críticas*. V. *Adendos à teoria da vontade coletiva dos Estados*. VI. *A vontade coletiva aplicada: ONU como exemplo*. VII. *A vontade coletiva aplicada: o caso do Tribunal Penal Internacional*. VIII. *Conclusão*. IX. *Referências bibliográficas*.

* Fundação de Estudos Sociais do Paraná, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-8981>; viniciushsu@hotmail.com.

Artículo recibido el 13 de febrero de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 339-363
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: Discutido por jusfilósofos e internacionalistas, o fundamento de validade do Direito Internacional Público —o motivo pelo qual as normas jusinternacionais são dotadas de cogência legítima— nunca teve consenso entre especialistas. Nota-se, entretanto, tendência contemporânea a favorecer as narrativas Objetivistas, que apontariam fundamento de validade suprapositivo, para além da vontade estatal. Este artigo defende a retomada da *Vereinbarung*, ou seja, a Vontade Coletiva dos Estados, como única narrativa capaz de sustentar a obrigatoriedade legítima das normas de Direito Internacional, ressalvados adendos à teorização original.

Palavras-chave: fundamento do direito internacional público, voluntarismo, Triepel.

ABSTRACT: The source of validity of Public International Law —the reason why international norms are legitimate and mandatory— has been discussed by philosophers and internationalists with no reachable consensus. Nonetheless, there is a contemporary tendency towards favoring Objectivist narratives, which believe that any source is suprapositive, beyond State will. This article defends *Vereinbarung*, in other words, the Collective Will of States, as the only narrative able to support the legitimate obligatoriness of Public International Law norms, regardless of necessary amendments.

Key words: foundation of international law, voluntarism, Triepel.

RÉSUMÉ: Le fondement du Droit International Public —la raison pour laquelle les normes sont légitimes et obligatoires— a été discuté par des philosophes et par des internationalistes sans possible consensus. Néanmoins, il y a une certaine tendance contemporaine qui privilégie des récits Objectivistes, c'est-à-dire, qui souligne des raisons suprapositives, au-delà de la volonté des Etats. Cet article défend la *Vereinbarung*, la Volonté Commune des Etats comme le seul récit capable d'expliquer la légitimité des obligations du Droit International Public, malgré quelques nécessaires réparations.

Mots-clés: fondement du droit international, voluntarisme, Triepel.

I. INTRODUÇÃO

O fundamento das normas de Direito Internacional Público (DIP) é tópico tradicionalmente cuidado pelos estudiosos do ramo. No entanto, com a ascensão das explicações naturalistas, ordinariamente fluidas e abstratas, abriu-se margem para que múltiplas narrativas ganhassem terreno, o que agravou a inconclusão que paira sobre o assunto. Enquanto as diversas correntes do Voluntarismo se fixavam sobre a maneira pela qual a vontade estatal criava normas jurídicas internacionais, o Objetivismo ou Naturalismo abriu a caixa de Pandora da especulação etérea. Certos valores internacionais compartilhados poderiam ser a causa primeira da cogência das normas, sem muito se perquirir quais seriam tais valores. Ainda, apontou-se o necessário convívio internacional como fator de obrigatoriedade de certos mandamentos jurídicos. Outra corrente doutrinária buscou Direitos Fundamentais dos Estados, anteriores ao Direito entre nações. A indefinição doutrinária, inquietante para o pesquisador, deu-se precipuamente pela perda de um elemento comum às narrativas, tal como é a vontade para os Voluntaristas. Estes teóricos, respeitadas diferenças a serem esmiuçadas, foram atacados pelas supostas desconsiderações sobre o ideal de Justiça, pelo apego ao formalismo, pelo estadocentrismo e, mais recentemente, pela consolidação das normas imperativas de Direito Internacional Geral, as normas *jus cogens*, apresentadas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (1969). Estas normas não poderiam ser revogadas pelo protesto unilateral de Estado, tampouco por acordos internacionais voluntários que não envolvessem a comunidade internacional como um todo.

Essas considerações enterraram precocemente o Voluntarismo e, com ele, a Teoria da Vontade Coletiva dos Estados, a *Vereinbarung* proposta por Karl Heinrich Triepel. Ao longo do artigo, pretende-se sumarizar, brevemente, a disputa entre Objetivistas e Voluntaristas, bem como apresentar, com adendos, a teorização do professor de Leipzig, refutadas, argumentativamente, críticas que lhe foram dirigidas. No mesmo sentido, são expostas apreciações que buscam problematizar as demais correntes doutrinárias.

O estudo se baseia em análise bibliográfica temática, bem como na investigação da estrutura orgânica e *modus operandi* da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Tribunal Penal Internacional (TPI).

II. A MIRÍADE DE TEORIAS EXPLICATIVAS E A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE OBJETIVISTAS E POSITIVISTAS

Inicialmente, a busca do fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional Público se prestou a espancar questionamentos sobre a juridicidade dessas normas. Sem fundamento, o conjunto de prescrições consubstanciaria o infame *soft law*, recomendações de condutas que, se inobservadas, nada representariam, ressalvada a violação de algum dever moral: “Entre los imprescindibles negadores del derecho internacional público, se encuentran Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner. Para ellos, el DIP no es más que un instrumento utilitario a los fines e intereses de los Estados y un vehículo para maximizar intereses y resultados convenientes”.¹

Os negacionistas apontam que o Direito Internacional Público é rotineiramente empregado e interpretado no interesse dos Estados. Sendo a paridade entre eles fictícia, os mais poderosos delineariam as normas de acordo com as próprias crenças. Conquanto ainda goze de certa popularidade, a narrativa é frágil. Não se disputa que Estados nacionais busquem interpretar o Direito da maneira que melhor lhes aprouver, tampouco se discute que Estados militar e economicamente mais poderosos desempenhem papel substantivamente mais relevante na legiferação. Trata-se de decorrência lógica, derivada do fato de que os Estados são os principais legisladores e destinatários das normas internacionais. Ocorre que nenhuma das asserções retira o caráter obrigatório e jurídico de certo conjunto normativo que visa a reger o relacionamento entre sujeitos de DIP. No Direito Interno —este, pelo menos a princípio, é inquestionavelmente Direito— também conta com normas interpretáveis de acordo com o interesse de turno dominante. Comumente, são legislados diplomas que favorecem setores específicos da sociedade que melhor se articularam, independentemente do interesse comum dos demais membros da comunidade. Nem por isso se assevera ausência de Direito. Por

¹ Benavides-Casals, María Angélica, “La constitución del derecho internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, nova série, ano X, núm. 28, Janeiro-Junho de 2016, pp. 16 e 17. Em tradução livre: “Entre os imprescindíveis negadores do Direito Internacional estão Jack L. Goldsmith e Eric A. Posner. Para eles, o DIP não é mais do que um instrumento utilitário para os fins e interesses dos Estados e um instrumento para maximizar interesses e resultados convenientes”.

isso, uma segunda linha do negacionismo aponta a ineficácia das normas de DIP para demonstrar sua inexistência. Constantemente, diz-se, violam-se regras e princípios de DIP sem consequências fáticas quaisquer, especialmente nos casos em que o infrator é Estado nacional de envergadura. Este equívoco se pauta em duas crenças básicas. A primeira exige que haja sanção² institucionalizada pelo comportamento delituoso. A segunda confunde eficácia com relação de poder.³ Embora determinados autores separem Direito e Moral de acordo com a existência ou inexistência de reação externa,⁴ há que se notar que, como regra, a violação do DIP é, sim, acompanhada de sanções. Entretanto, elas são usualmente difusas e sortidas, especialmente se unilaterais, o que não descaracteriza claro exercício de autotutela. Este, por sua vez, nem sempre é capaz de demover o infrator ou garantir devida reparação. Nem por isso se pode assentar ausência de sanção, tal como uma astreinte nem sempre assegura que o alvejado modifique o próprio comportamento.

Afastadas as críticas mais comezinhas, o jusinternacionalismo se polarizou em duas correntes básicas.⁵ O Voluntarismo concebe o Estado nacional como sujeito primário de DIP, aquele que cria as normas jurídicas internacionais por meio de manifestações de vontade. Contra essa concepção, o Objetivis-

² Em estudo, Alain Pellet compila os significados emprestados ao termo “sanção” pela doutrina internacionalista. Os negacionistas do DIP aderem à noção de Hart, quem exigia sanção, é dizer, tratamento negativo, capaz de modificar o comportamento do infrator. *Cfr.* Pellet, Allain e Miron, Alina, “Sanctions”, em Wolfrum, R. *et al.* (coords.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1-15.

³ É equívoco igualar “eficácia” a “relação de poder”. Enquanto neste caso há efetivo mudança no comportamento alheio, ainda que contra a vontade do sujeito alvejado, na eficácia basta que haja consequência pela violação de norma jurídica.

⁴ Mello, Celso Duvivier de Albuquerque, *Responsabilidade internacional do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 3.

⁵ “Sin embargo, habremos de distinguir aquí entre estas concepciones dos grandes grupos, a saber: las teorías que fundan la producción normativa consuetudinaria en el «asentimiento» de los Estados —principalmente, el voluntarismo jurídico— y aquellas que invocan una regla superior —y exterior— a las voluntades estatales”. Em tradução livre: “Sem embargo, temos que distinguir entre estas concepções dois grupos a saber: as teorias que fundam a produção normativa consuetudinária no assentimento dos Estados —principalmente, o voluntarismo jurídico— e aquelas que invocam uma regra superior —e exterior— às vontades estatais”. Toledo Tapia, Fernando Enrique, “Fundamento obligatorio y consentimiento del Estado en la costumbre internacional”, *Revista de Derecho*, Chile, nova série, ano II, vol. II, núm. 1-2, Dezembro de 1991, pp. 31-59.

mo ou Naturalismo busca razões diferentes da simples vontade estatal para fundamentar a obrigatoriedade desses comandos.⁶

Stephen Neff separa Positivismo de Voluntarismo, pois aquele conceito abrangeria manifestações doutrinárias diversas, incluído o Voluntarismo:

The first version will be here termed the “empirical” one. It held that the States of the world, acting collectively, functioned as a sovereign, making law through state practice and the formation of customary rules. The second version, here termed the “common-will” approach, held that States, in the process of treaty-making, created a sort of miniature sovereign which commanded adherence to the treaty in question. A third version, here labelled the “voluntarist” one, held each State to be its own sovereign, laying down laws for itself.⁷

No entanto, a nomenclatura deixa a desejar, pois em todas as correntes positivistas se nota a presença da vontade estatal como fundamento de obrigatoriedade, seja em manifestação individual, seja em manifestação coletiva. Não há motivo, portanto, para distinguir o Positivismo jusinternacional do século XIX do Voluntarismo.

Dois linhas teóricas se destacam no que ora se intitula Voluntarismo. Georg Jellinek (“*Die rechtliche natur der staatenverträge*”, “*Allgemeine staatslehre*”) e a Teoria da Autolimitação pretendem que, uma vez soberano, o Estado nacional é o único capaz de legislar para si. Heinrich Triepel (“*Völkerrecht und landesrecht*”) desenvolveu narrativa sofisticada, a ser pormenorizada na sequência, segundo a qual os Estados formariam uma Vontade Coletiva superior capaz de criar direito positivo.

⁶ Obviamente, a divisão binomial é combatida por autores que concebem alternativas explicativas, como a separação do Normativismo em relação ao Objetivismo ou, então, explicações “mistas” ou “eccléticas”, que mesclam vontade a razões as mais diversas.

⁷ Neff, Stephen, “Jurisprudential Polyphony: the Three Variations on the Positivist Theme in the 19th Century”, em Dupuy, Pierre-Marie e Chetail, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Hagggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 304. Em tradução livre: “A primeira será denominada «empírica». Ela pretende que os Estados do mundo, agindo coletivamente, funcionam como soberanos, criando Direito derivado da prática estatal e da formação de normas consuetudinárias. A segunda versão, denominada «abordagem da vontade comum», entende que os Estados, no processo de pactuação de tratados, criam uma espécie de «mini soberano» que demanda aderência à convenção. A terceira versão, denominada «voluntarista», compreende que cada Estado é soberano e legisla para si”.

Em contraposição ao Voluntarismo, o Objetivismo ou Naturalismo amalgama todos os fatores que são considerados superiores à vontade estatal. Como exposto na introdução, o Objetivismo liquefez a discussão sobre o fundamento de obrigatoriedade das normas internacionais, uma vez que as razões metajurídicas explicativas não mais são conectadas por elemento comum, como a vontade. Assim, foram apontados como fundamentos possíveis *i)* o Direito Natural,⁸ independentemente do conteúdo dessas normas,⁹ bem como de uma pretensa imutabilidade; *ii)* a coexistência de Estados soberanos e paritários;¹⁰ *iii)* uma norma jurídica superior¹¹ aos demais mandamentos do

⁸ “...la afirmación fundamental: el derecho internacional existe y su fundamento está en el derecho natural”. Em tradução livre: “a afirmação fundamental: o Direito Internacional existe e seu fundamento está no Direito Natural”. Fernández Flores, José Luiz, “El problema de la existencia del derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, nova série, ano XXII, vol. 22, núm. 1, 1969, pp. 42-60.

⁹ Note-se que, para Wyler, “A nos yeux en effet, les théories jusnaturalistes modernes, en premier lieu celles de l’Ecole du droit de la nature et des gens, sont des théories volontaristes”. Em tradução livre: “A nosso ver, as teorias jusnaturalistas modernas, em primeiro lugar aquelas da Escola do Direito Natural e das Gentes, são teorias voluntaristas”. Wyler, Eric, “L’influence du positivisme sur la doctrine volontariste et objectiviste en: plus qu’un facteur de rapprochement?”, em Dupuy, Pierre-Marie e Chetail, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Hagggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 337.

¹⁰ “Le jeune Verdross fait sienne la doctrine kelsenienne de la norme fondamentale, mais, partageant la conception positiviste de la souveraineté, il la situe au sommet du droit étatique, ce qui a pour conséquence que le droit international a pour fondement la constitution des divers Etats”. Em tradução livre: “O jovem Verdross se apropria da doutrina kelseniana da norma fundamental, mas, ao adotar a concepção positivista da soberania, ele a situa no topo do direito estatal, o que acarreta por consequência que o direito internacional tenha por fundamento a constituição de diversos Estados”. Truyol y Serra, Antonio, “Verdross et la théorie du droit”, *EJIL*, Europe, 1994, p. 56. No mesmo sentido, sustentado argumento similar, *cf.* Alcorta, Amancio, *Curso de derecho internacional público*, t. I, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1986, p. 92.

¹¹ “Reconhece-se, portanto, que a validade de cada regra jurídica deve depender em último caso, não de uma vontade, mas de outra regra da qual provém, porque o direito apresenta —como bem observa Kelsen— a «particularidade de regulamentar sua própria criação; uma regra jurídica determina como outra regra será estabelecida; nesse sentido, a segunda depende da primeira. É este vínculo de dependência que une entre si os diferentes elementos de uma ordem jurídica que é seu princípio de unidade». Verdross, Alfred, “O fundamento do direito internacional”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, nova série, ano III, vol. 10, núm. 2, 2013, pp. 1-33.

DIP e, portanto, fundamental;¹² iv) o Fato Social¹³ e a consequente; v) solidariedade internacional, entre outros pretextos.

O Objetivismo, compreendido como conjunto de teorias insatisfeitas com o Voluntarismo, originou até mesmo certa Teoria Eclética ou Mista, que afirma no fundamento do DIP a junção da vontade estatal com outro fator.¹⁴

Embora a discussão metajurídica apresente difícil resolução, tendo em conta que o estatuto de “verdade científica” dependeria de consenso intersubjetivo cada vez mais distante, determinadas críticas mereceram maior ou menor abrigo dos doutrinadores. Elas serão apresentadas na sequência, acompanhadas de ilações sobre a justiça ou injustiça das asserções.

III. AS CRÍTICAS AO VOLUNTARISMO E AO OBJETIVISMO

A Teoria da Autolimitação foi objeto de críticas pela dificuldade de explicar a cogência do costume internacional, especialmente nos casos em que Estados nacionais recém-criados se viam constrangidos por normas de cuja

¹² “Ce droit international général, pour une grande part coutumier du moins à ses origines (notamment pour l’établissement de la règle «pacta sunt servanda»), trouvait son fondement de validité, selon Kelsen dans une «norme fondamentale» formulée ainsi: «les États doivent se conduire comme ils ont accoutumé de se conduire». Cfr. Halpérin, Jean-Louis, “L’histoire du droit international est-elle compatible avec les théories positivistes?”, em Dupuy, Pierre-Marie e Chetail, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Hagggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 371 e 372. Em tradução livre: “Este direito internacional geral, em grande parte consuetudinário, pelo menos em suas origens (notadamente no estabelecimento da regra «pacta sunt servanda», encontrava seu fundamento de validade, segundo Kelsen, numa norma fundamental assim formulada: «os Estados devem ser conduzir como estão acostumados a se conduzir»”.

¹³ O DIP seria necessidade social, nos termos de Scelle, cfr. Wyler, Eric, *op. cit.*, p. 356.

¹⁴ “En esta concepción del derecho, el problema del fundamento del derecho internacional no se plantea como una dicotomía... sino, por el contrario, como un difícil problema en el que lo esencial estriba en la necesidad de tomar en consideración tanto el consentimiento de los Estados como lo que no depende de la voluntad de los Estados soberanos”. Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, nova série, ano L, vol. 50, núm. 1, Janeiro-Junho de 1998, p. 30. Em tradução livre: “Nesta concepção do Direito, o problema do fundamento do Direito internacional não se encontra numa dicotomia... mas, ao contrário, num difícil problema em que o essencial é tomar em consideração tanto o consentimento dos Estados como o que não depende da vontade dos Estados soberanos”.

gênese não vieram a participar.¹⁵ O sepultamento definitivo se deu pela codificação do *jus cogens*, as normas imperativas de Direito Internacional Geral, reguladas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (1969). Conquanto inexistia catálogo definitivo dessa categoria de normas jurídicas internacionais, elas não podem ser revogadas pela vontade singular do Estado: nisso, a título de ilustração, o DIP contemporâneo proscree o restabelecimento da escravidão e do tráfico de escravos, independentemente do que se estabeleça em Direito Interno ou em tratados internacionais parciais.

Triepel e a Teoria da Vontade Coletiva dos Estados não passaram incólumes. Faltaria à *Vereinbarung* o sujeito capaz de exercer a Vontade Coletiva. Não suficiente, o professor de Leipzig se recusava, segundo interpretação crítica, a aceitar que Estados não participantes da Vontade Coletiva pudessem ser obrigados pelas normas jurídicas derivadas desse feixe volitivo: “De esta forma, para Triepel, no pueden existir costumbres que obliguen a Estados que no han prestado su acuerdo para su formación”.¹⁶

Ainda, em termos históricos, nota-se abandono do Voluntarismo em favor do Objetivismo por conta dos morticínios perpetrados durante as guerras mundiais, que denunciaram a arbitrariedade estatal¹⁷ que a narrativa voluntarista poderia embasar:

Grewe devoted considerable attention to the “sources” of international law. For example, he traced the decline of natural conceptions and the rise of consent-based positivist approaches from the 15th century through to the early 20th century. He then described the subsequent turn towards a secular natural law and a “frenzy” of codification during the years following the First and Second World Wars.¹⁸

¹⁵ Certas Teorias do Consentimento Tácito vieram ao socorro da Autolimitação, mas foram fulminadas pelo *jus cogens*.

¹⁶ Toledo Tapia, Fernando Enrique, *op. cit.*, pp. 31-59.

¹⁷ Carrillo Salcedo celebra a noção de *jus cogens* como meio de se evitar que qualquer ato, até mesmo o mais imoral, pudesse receber guarnição jurídica. *Cfr.* Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸ Em tradução livre: “Grewe devotou atenção considerável às «fontes» do direito internacional. Por exemplo, ele traçou o declínio das concepções naturais e a ascensão das abordagens positivistas baseadas no consentimento desde o século XV até o limiar do século XX. Ele então descreveu uma guinada em direção a direito natural secular e um «frenesi» de codificação durante os anos posteriores à Primeira e à Segunda Guerras Mundiais”. Byers, Michael, “The Shifting Foundations of International Law: a Decade of Forceful Measures against Iraq”, *European Journal of International Law*, Europa, nova série, ano XIII, vol. 13, núm. 1, 2002, p. 22.

A resposta ao Voluntarismo não foi, entretanto, satisfatória. Por outro lado, o Objetivismo que vislumbra nos Direitos Naturais (ou Direitos Fundamentais do Estado, numa variante) o fundamento de obrigatoriedade não explica a origem desses direitos, nem por qual razão o conteúdo deles varia no tempo e no espaço.¹⁹ Se esse jusnaturalismo é baseado na “consciência humana” da época ou na psique dos representantes das comunidades, pois, em verdade, o Direito daí derivado tão somente existe a partir de atos materiais que concretizem a vontade. Inexiste norma jurídica que nasça do mero sentimento de correição; ele deve ser concretizado mediante tratados internacionais, especialmente os multilaterais ou, ao menos, mediante a conduta que se pretende costume internacional. Do contrário, não se separa Direito de Moral. Em síntese, a vontade de criar obrigações jurídicas imputáveis seria o nascedouro do DIP. O senso de justiça é insuficiente para originar normas jurídicas, pois reside no íntimo individual, ainda que compartilhado. Apenas com a vontade de se proteger determinado conjunto de valores elevados é que se pode criar dever externo que supere o âmbito egoístico, esfera em que os valores são resguardados por eventuais amarras morais individuais.

Outra corrente popularizada, corolário do adágio *ubi societas, ibi jus*, entende que o mero convívio de Estados soberanos acarreta a existência de normas reguladoras das inter-relações, comandos necessários e, portanto, jurídicos. Esta narrativa confunde finalidade e fundamento do Direito. É certo que as normas jurídicas se prestam a regular inter-relações gerais, interna ou internacionalmente. Está-se diante da finalidade do Direito. Sem embargo, não se pode asseverar, com base nessa constatação, que determinado conjunto de normas é legítimo e vinculante.

Certamente, a coexistência de entidades soberanas demanda normas de convivência, uma vez que a vontade unilateral não seria passível de imposição. Todavia, é possível que haja sociedade internacional composta por Estados comandados por burocratas ilustrados, guiados por normas recomen-

¹⁹ “Reforçando essa ideia contrária à tese universalista dos direitos humanos, existe a constatação empírica de que há uma grande diversidade de valores morais e de sistemas jurídicos pautados em pluralidade cultural que expressa imensa multiplicidade cultural — o que se tornou um imbróglio na sedimentação da perspectiva universalista dos direitos humanos”. Araújo, Jailton Macena de, “Direitos Humanos e solidariedade —entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos Direitos Humanos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nova série, ano LIII, vol. 53, núm. 212, Outubro-Dezembro de 2016, p. 158.

datórias, convencionadas ou não —e este estado de coisas cada vez mais se aproxima da realidade: “Loin de diminuer au plan international, le phénomène de la *soft law* s’intensifie au contraire depuis une trentaine d’années”.²⁰ O *soft law* não autoriza Estado prejudicado pela violação da recomendação a buscar autotutela (*self-help*) ou a ajuizar ações em tribunais internacionais. Inexistente responsabilidade internacional, igualmente inexistentes as normas jurídicas internacionais. Nem concepção ampla do Direito, que abarque a categoria das recomendações, seria capaz de resgatar a Teoria da Necessidade do Direito como fundamento, pois esta demanda, conceitualmente, a causa profunda da obrigatoriedade das normas — e sua consequente indisponibilidade.

Não haveria, no entanto, certos Direitos Fundamentais do Estado, independentes da vontade, emanações típicas derivadas da constituição do sujeito originário de DIP? Direitos Fundamentais que, uma vez estabelecidos pela mera conjunção de território, população permanente, governo efetivo e soberano, seriam a origem de todos os demais direitos e deveres internacionais, até mesmo daqueles dirigidos especificamente à pessoa humana? Indubitavelmente, o DIP contemporâneo consolidou a Teoria Declaratória do reconhecimento dos Estados. Todo Estado recém-criado teria, no patrimônio jurídico, o direito mínimo à integridade territorial, independentemente do reconhecimento alheio. A teoria dos Direitos Fundamentais do Estado não explica, entretanto, a origem da norma —legítima, vinculante e, portanto, jurídica— que protege a integridade soberana. Tampouco justifica a pré-existência de quaisquer outras normas jurídicas consideradas “fundamentais”. Estas só podem existir, com efeito, se positivadas pela vontade dos sujeitos primários de DIP, único elemento apto a transmitir, no plano do dever-ser, sentimento íntimo de obrigatoriedade. Curiosamente, o *jus cogens* se presta também a combater esta teorização. Posto que a integridade soberana seja direito típico do Estado nas relações internacionais, a depender das condutas adotadas internamente, um ente coletivo denominado Organização das Nações Unidas, mediante órgão executivo rotulado Conselho de Segurança, poderia se valer de meios logísticos ou militares direcionados

²⁰ Em tradução livre: “Longe de arrefecer no plano internacional, o fenômeno do *soft law*, ao reverso, se intensifica há uns trinta anos”. Duplessis, Isabelle, “Le vertige et la *soft law*: réactions doctrinales en droit international”, *Revue Québécoise de Droit International*, Québec, 2007, pp. 245-268.

contra a autonomia do Estado individual, bastando que se vislumbre ameaça à paz ou à segurança internacionais. Por outro lado, os defensores da teoria poderiam arguir que esses direitos fundamentais do Estado não são absolutos. No entanto, se não são absolutos, quem determina a relatividade deles? Trata-se de ofensa à noção de que o Estado, sujeito originário de DIP, é soberanamente igual aos demais.

Outra narrativa doutrinária de peso é atribuída ao jusfilósofo austríaco Hans Kelsen. Transplantada a teoria da *Grundnorm* do Direito Interno para o DIP, haveria norma pressuposta que exigiria observância dos comandos jurídicos internacionais. Kelsen foi quem melhor justificou o Direito estatal doméstico contemporâneo: se grupo revolucionário exitoso é capaz de centralizar a atividade legislativa, acompanhada de consequências sancionatórias pela desobediência, sem que haja grupos conflitantes fortes o suficiente para solapar o domínio daquela autoridade, está-se diante de uma nova ordem normativa.²¹ No plano jurídico internacional.

Como consequência, um Estado, em vez de ser, juntamente com outros Estados, o criador do direito internacional, deste último é a criatura, sendo efetivamente definido como um ordenamento jurídico parcial derivado do direito internacional, ou até mesmo como órgão da comunidade jurídica internacional.²²

No entanto, se a *Grundnorm* é aferível com a consolidação de grupo revolucionário apto a controlar parcela de território, no âmbito interestatal a norma pressuposta²³ necessita, em verdade, de positivação por parte dos Estados nacionais. Ela, por sua vez, ocorrerá a partir de manifestações de vontade dos sujeitos primários de DIP. Quando se exige que “tratados pactuados devam ser respeitados” ou que “os Estados devam observar as condutas reiteradas”, essas normas jurídicas dependem da vontade estatal para que haja validade, eficácia e, especialmente, cominação sancionatória pela violação de preceitos. Em outras palavras, a norma que comanda observância do DIP é antecedida pela vontade estatal, invariavelmente.

²¹ O Estado tem como base a Constituição; os atos de coerção estão embasados em conteúdo e forma em consonância com a Constituição. A validade do ato constituinte, por sua vez, é garantida pela Norma Fundamental. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, 8a. ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 8.

²² Kelsen, Hans e Campagnolo, Umberto, *Direito internacional e Estado soberano*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 82.

²³ Um comando pretensamente metajurídico que exige que o DIP seja observado.

Por fim, as Teorias Mistas e Ecléticas são mais um sintoma da derrocada do Voluntarismo do que propriamente uma alternativa explicativa. A vontade é considerada elemento essencial; contudo, se há tantos outros fundamentos de igual relevo, falta à teorização eclética expor qual seria a causa primeira da obrigatoriedade de normas jurídicas internacionais.

IV. A *VEREINBARUNG* DE TRIEPEL: APRESENTAÇÃO E RESPOSTA ÀS CRÍTICAS

Não se questiona que a existência e o bem-estar da pessoa humana são a finalidade última do Direito, como é, aliás, qualquer outra criação civilizatória. Nem por isso se pode afirmar que a pessoa humana é sujeito primário e originário do DIP, sob pena de não se observar o que é empiricamente atestável. Contemporaneamente, o Direito é criação estatal; as considerações sobre personalidade invariavelmente remetem à legislação gestada nos Estados nacionais, internamente ou internacionalmente. Se a personalidade internacional da pessoa humana é aceitável por conta da existência de justiça penal supraestatal, que reclama o acatamento de deveres internacionais, nota-se que os deveres bem como os órgãos supranacionais foram criados pela vontade dos Estados.

É a vontade de criar obrigações jurídicas supraestatais que origina o DIP, não a existência de valores compartilhados ou a consciência da utilidade do Direito. O sentimento, *per se*, é íntimo. Sem a vontade de criar conduta obrigatória —por meio de pactos ou de atividade rotineira— não há Direito. Sem a vontade de proteger normativamente os valores relevantes, não há mandamento externo, geral e abstrato.

Se, entretanto, a Autolimitação satisfaz a igualdade soberana estatal, toda obrigação jurídica internacional poderia ser desfeita pelo capricho do Estado que anteriormente havia assumido dever. A inovação comportamental não seria subsumível a mecanismos clássicos de responsabilidade internacional. As normas imperativas de Direito Internacional Geral, inderrogáveis pela vontade estatal unilateral, seriam inaceitáveis.

Claramente, a vontade estatal que cria o DIP, especialmente os princípios basilares, encontra-se acima do Estado individualmente considerado. Trata-se da Vontade Coletiva.

A *Vereinbarung* de Triepel reconhece que o fundamento do DIP é elemento extrajurídico,²⁴ o que não poderia ser diferente, dado que é a raiz que possibilita a gênese das normas jurídicas. A Teoria da Vontade Coletiva entende que o fundamento do DIP é o feixe de vontades dos Estados. Textualmente, Triepel não exigia unanimidade entre todos os Estados nacionais:

Só pode ser fonte de direito internacional uma vontade comum, de vários, ou de numerosos, Estados. Consideramos como meio de constituir tal unidade de vontades a “*Vereinbarung*”, termo de que se utiliza a doutrina alemã para designar as verdadeiras uniões de vontades, e as distinguir dos contratos, que são, em nossa opinião, acordos de várias pessoas para declarações de vontades de conteúdos opostos. Encontramos essa “*Vereinbarung*” nos tratados pelos quais vários Estados adotam uma regra que deve reger sua conduta de modo permanente... Pouco importa que esses tratados sejam concluídos entre grande número de Estados, como, por exemplo, a Convenção de Genebra, o Ato do Congo, o Ato antiescravista, a Declaração de Paris sobre direito marítimo, as Convenções de Haia, e muitos outros; ou que eles sejam concluídos entre dois, ou três, Estados, contanto que contenham regras jurídicas, isto é, direito objetivo.²⁵

A Vontade Coletiva, segundo Triepel, cria Direito Objetivo, tratados-leis que não se confundem com os tratados-contratos. Conquanto a teoria não seja isenta de críticas procedentes, a serem desenvolvidas na seção seguinte, ela está, de maneira global, correta. Na concepção do Direito Internacional, todos os Estados, tácita ou expressamente, acordam normas precipuamente genéricas, mas basilares para o DIP. O exemplo mais clássico seria o *pacta sunt servanda*: todo Estado nacional tem interesse que o acordado seja cumprido. Não é tecnicamente correto, porém, acreditar em mera conjunção de

²⁴ “For this reason, certain jurists, such as Triepel, have urged that the ultimate foundation of any system of law must always lie in some non-juristic field. This point is, in a sense, elementary —yet it is so important to the whole subject that it must be insisted upon”. Em tradução livre: “Por esta razão, alguns juristas, como Triepel, asseveraram que a fundação última de qualquer sistema de direito deve subsistir em algum campo não jurídico. Este ponto, é, em certo aspecto, elementar —mas ainda assim tão importante para a matéria como um todo que deve ser ressaltado”. Fitzmaurice, Gerald, “Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”, *The Modern Law Review*, Londres, nova série, ano XX, vol. 19, núm. 1, Janeiro de 1956, p. 11.

²⁵ Triepel, Karl Heinrich, “As relações entre o direito interno e o direito internacional”, *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, nova série, ano LXIII, núm. 6, 1966, p. 15.

vontades individuais. A Vontade Coletiva que fundamenta o DIP se destaca das vontades singulares iniciais. Se, na sequência, Estado que se beneficia da observância dos acordos internacionais resolve descumprir o disposto nos tratados por motivos egoísticos, viola o DIP porque se insurge contra norma internacional gestada pela *Vereinbarung*. Nesse aspecto, nota-se clara distinção em relação à Teoria da Autolimitação.

A Teoria da Vontade Coletiva não aniquila a soberania estatal, desde que se compreenda sua correta significação. O predicado da soberania traduz a impossibilidade de Estado criar, unilateral e arbitrariamente, direitos e deveres a seu homólogo. Contudo, se a norma internacional deriva de vontade qualificada, de tal sorte que sujeito de DIP recalcitrante se veja perseguido por contramedidas engendradas por Estados e organizações internacionais (especialmente as de vocação universal), então se nota limite à plena disposição legislativa da soberania individual —consequência lógica da existência mesma do DIP. Esse Direito Objetivo de que trata Triepel apresenta funcionamento similar à Constituição no Direito Interno: os Estados recém-criados, tal como as pessoas naturais recém-nascidas no âmbito doméstico, vinculam-se ao Direito engessado. Não imutável, mas de difícil alteração, como as normas *jus cogens*.

As normas imperativas de Direito Internacional Geral já foram saudadas como atestado de óbito do Voluntarismo por conta da indisponibilidade unilateral. Sua existência, entretanto, revigora a *Vereinbarung*. Certas normas internacionais foram positivadas por Vontade Coletiva que apenas poderia ser superada por manifestação de idêntica natureza. Trata-se, com efeito, do conceito codificado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969. Se os Estados, ao longo do século XIX, passaram a combater o instituto jurídico da escravidão a ponto de limitarem a soberania reguladora sobre o tópico, nota-se Vontade Coletiva capaz de criar Direito Objetivo que apenas poderia ser superado por manifestação similar. Estados que resistiram à mudança, como o Brasil, passaram a sofrer contramedidas referendadas pela comunidade internacional, especialmente se tendo em conta que aceitação generalizada não exige unanimidade.²⁶ As denúncias

²⁶ “Pereira e Quadros expressamente afirmam que não é necessário que o Direito imperativo internacional seja aceito por todos os Estados da comunidade internacional, bastando a aceitação generalizada por parte desses Estados”. Viegas, Vera Lúcia, “*Jus cogens* e o tema da nulidade dos tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nova série, ano XXXVI, vol. 36, núm. 144, Outubro-Dezembro de 1999, p. 184.

sobre iniquidades econômicas e militares entre Estados no processo de legitimação do Direito Objetivo não ofendem essa linha de raciocínio. Apesar da importância do debate, assim como no Direito Interno, não se põe em xeque a juridicidade de regras legisladas, ainda que sob forte influência de grupos de pressão que representam interesses elitizados.

Decerto, há questionamentos sobre os mecanismos garantidores e sobre o conteúdo do *jus cogens*. A problematização poderia comprometer a existência dessas normas imperativas. Para identificá-las, propõe-se exercício hipotético: se impossível contramedida nos mesmos moldes da violação da norma cogente, está-se diante de *jus cogens*. Cogite-se Estado nacional “A” que, em parceria com Estado nacional “B”, reinstitua o tráfico internacional de escravos. Provavelmente haveria reação de Estados terceiros, bem como da ONU. Seria implausível que os garantidores da ordem jurídica internacional pretendessem escravizar a população dos Estados “A” e “B” como resposta coercitiva. Não surpreenderia, porém, se, em caso de violação de obrigação comercial pactuada em tratado, Estado prejudicado violasse outro dispositivo qualquer em resposta. São essas ilustrações que demonstram a pertinência da diferenciação entre um certo Direito Objetivo, adaptada a categoria do “tratado-lei”, e certo Direito Dispositivo, adaptada a categoria do “tratado-contrato”.

Claramente, os valores comunitários superiores que sustentam o *jus cogens* podem mudar ao longo do tempo. A mutação valorativa tem o condão de acionar a *Vereinbarung*, que alteraria as normas imperativas e inderrogáveis. Como já exposto, nem por isso são os valores comunitários o fundamento do DIP, dado que o sentimento, ainda que espreado, reside no foro íntimo das pessoas que (re)presentam Estados e organizações internacionais. Não gera, por si só, normas externas legítimas e vinculantes: estas dependem da Vontade Coletiva dos Estados.

Estabelecida a *Vereinbarung*, questiona-se a necessidade de se aferir um sujeito que a exerça. Se a Vontade Coletiva não se confunde com as vontades individualmente tomadas, seria a comunidade internacional o sujeito responsável por sustentá-la. A noção de comunidade internacional como pessoa internacional apartada não conflita com as teorias da personalidade jurídica já construídas.²⁷ Não obstante, qualquer ceticismo remanescente pode ser

²⁷ Veja-se estudo completo em Oliveira, José Lamartine Correa de, *Conceito da pessoa jurídica*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 1962.

enfrentado pelo estabelecimento relativamente exitoso de organização internacional política universal, a Organização das Nações Unidas, como ente capaz de expressar a Vontade Coletiva.

V. ADENDOS À TEORIA DA VONTADE COLETIVA DOS ESTADOS

Literalmente, Triepel entendia que a Vontade Coletiva acarretava o Dualismo na relação entre Direito Interno e DIP: “Se as deduções que acabam de ser feitas forem exatas, delas resulta esta conclusão: o direito internacional público e o direito interno são, não somente partes, ramos, distintos do direito, como também sistemas jurídicos diferentes”²⁸.

O raciocínio do professor de Leipzig se socorre na diferenciação das relações que são regidas. Enquanto o DIP, produto da *Verenbarung*, normatiza as relações interestatais, o Direito Interno, naturalmente, não regula o convívio entre Estados soberanos. Constituídos dois sistemas diferentes, o binômio licitude/ilicitude é operado autonomamente em cada um deles. Em outras palavras, o que é ilícito em DIP poderia ser lícito em Direito Interno: o fundamento de cada um dos sistemas seria distinto.

Com a consolidação de normas internacionais dirigidas diretamente à pessoa humana, independentemente de origem nacional e aquiescência estatal,²⁹ a teorização se tornou antiquada. Reforça a obsolescência a jurisprudência internacional que considera a atividade legislativa ou judiciária domésticas mero fato internacional suscetível de ensejar responsabilização internacional. Com efeito, se a normativa doméstica acarreta consequências jurídicas supraestatais, ainda que incapazes de modificar o comportamento delituoso interno, não há sustentáculo firme para o Dualismo. Ainda que a Vontade Coletiva seja a raiz do DIP, que, precipuamente, regula relações interestatais, nem por isso o âmbito interno se mantém alheio à normativa jurídica internacional, uma vez que ela define os limites da soberania nacional.

Outro ponto criticável da explanação de Triepel reside na equalização de Direito e Vontade: “O próprio direito é vontade; e não é a vontade humana

²⁸ Triepel, Karl Heinrich, “As relações...”, *cit.*, p. 15.

²⁹ Basta imaginar persecução penal perpetrada pelo Tribunal Penal Internacional contra nacional de Estado não membro desta OI que tenha cometido crime arrolado no Estatuto de Roma no território de Estado membro.

que cria o direito. A ciência jurídica não é, como a sociologia, ciência que se ocupa do ser, mas ciência do dever”.³⁰ Contudo, se a Vontade Coletiva fundamenta o DIP, com ele não se confundiria. Deve-se separar a vontade³¹ do produto dela.

Por fim, interpretação da *Vereinbarung* pretende que “En el orden internacional «es imposible que una regla creada por Vereinbarung obligue a Estados que no han tomado parte en ella». De esta forma, para Triepel, no pueden existir costumbres que obliguen a Estados que no han prestado su acuerdo para su formación”.³²

Em verdade, a Vontade Coletiva, até por não ser necessariamente unânime, poderia vincular Estados que não participaram da constituição desse feixe de vontades. Conforme justificado anteriormente, o DIP Objetivo funciona como uma sorte de Constituição das relações internacionais.

VI. A VONTADE COLETIVA APLICADA: ONU COMO EXEMPLO

O advento das organizações internacionais de alcance universal representou marco na discussão do fundamento de obrigatoriedade do DIP. Em termos históricos, já no Tratado de Versalhes (1919), o apartado destinado a regular o Pacto da Sociedade das Nações (SDN) prevê, no artigo 11, que qualquer guerra ou ameaça de guerra interessa à Sociedade como um todo, independentemente de envolver membros da organização internacional. A SDN atribuía a si a função de preservar a paz internacional pelos meios que considerasse adequados, ainda que envolvesse terceiros Estados.

A Organização das Nações Unidas (ONU), cujo marco normativo mais destacado é a Carta de São Francisco (1945), apresenta como propósito a defesa da paz e da segurança internacionais. Para cumprir a missão institucional, facultou-se à ONU o emprego de funções executivas consubstanciadas

³⁰ Triepel, Karl Heinrich, “As relações...”, *cit.*, p. 19.

³¹ A vontade humana cria o Direito Interno; a vontade estatal cria o DIP. Obviamente, a vontade estatal nada mais é do que a vontade humana legitimada a representar a vontade estatal.

³² Em tradução livre: “Na ordem internacional, «é impossível que uma regra criada por *Vereinbarung* obligue a Estados que não tenham tomado parte nela». Desta forma, para Triepel, não podem existir costumes que obriguem Estados que não tenham emprestado sua concordância para sua constituição”. Toledo Tapia, Fernando Enrique, *op. cit.*, pp. 31-59.

em restrições econômicas, logísticas e militares, nos termos dos artigos 41 e 42 do tratado mencionado.

A SDN e sua sucessora, a ONU, denotam pessoa jurídica internacional apta a exercer a *Vereinbarung*. Estudiosos esmiúçam o conteúdo verbal das resoluções mandatórias³³ do Conselho de Segurança onusiano e notam atividade legislativa que, inclusive, justifica a doutrina contemporânea que arrola atos de organizações internacionais como fonte potencial de DIP.

E, no entanto, nem todos os Estados fazem parte das Nações Unidas. Abandonadas há tempos, as teorias constitutivas do reconhecimento de Estados e governos não se sustentam empiricamente. A ausência de declaração de reconhecimento consubstancia ato descortês que, entretanto, não tem condão para desfazer a conjunção de população permanente, território, governo efetivo e possibilidade de estabelecimento de relações diplomáticas e consulares. Os Estados e governos não reconhecidos podem, ainda assim, padecer das sanções entabuladas pelo Conselho de Segurança da ONU, o que demonstra personalidade jurídica internacional autônoma. Aponta-se —principalmente— que mesmo Estado marginalizado pode vir a ser submetido a resoluções de OI de que não faz parte. A sujeição abstrata seria acompanhada de medidas executivas (*enforcement*) em caso de infração à Carta da ONU. A interpretação sobre a necessidade de se adotarem medidas coercitivas ocorre no seio de órgão oligopolizado, em que os membros permanentes exercem poder de veto para questões substantivas.

Exemplo ilustrativo sobreveio na Rodésia do Sul, atual Zimbábue. Quando a minoria branca declara, unilateralmente, independência em relação à Grã-Bretanha, o Conselho de Segurança da ONU, mediante a Resolução 216 (1965),³⁴ insta os Estados a não reconhecerem a declaração proveniente de minoria racista não representativa da população local. Há dubiedade quanto ao caráter obrigatório dessa Resolução, bem como da subsequente Resolução 217 (1965),³⁵ que estimulava os Estados a interromper o fluxo armamentício e econômico com aquele país. Na sequência:

³³ Cfr. Alvarez, José E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2017.

³⁴ United Nations, Resolution 216 (1965), Janeiro de 2020. Disponível em: [https://undocs.org/S/RES/216\(1965\)](https://undocs.org/S/RES/216(1965)).

³⁵ United Nations, Resolution 217 (1965) / [adopted by the Security Council at its 1265th meeting], of 20 November 1965, Janeiro de 2020. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/90484>.

Em 16 de dezembro de 1966, porém, devido à resistência do regime de Ian Smith, o Conselho decide lançar mão de sua prerrogativa de impor sanções obrigatórias. A Resolução 232 (1966) aplicou sanções seletivas obrigatórias ao comércio com a Rodésia do Sul, tornando-se assim o primeiro exemplo de invocação daquelas medidas por parte das Nações Unidas. O regime, entretanto, já nasce comprometido pela negativa pública da África do Sul, desde o primeiro momento, de dar cumprimento às medidas. Em 29 de maio de 1968, o Conselho, por sua Resolução 253 (1968), determina o embargo total e estabelece comitê encarregado de supervisionar a aplicação do regime. As Resoluções 277 (1970), 388 (1976) e 409 (1977) determinam medidas adicionais de caráter comercial e financeiro. Após a celebração dos acordos de Lancaster House, que previam a independência do Zimbábue sob o controle da maioria negra, o conjunto de sanções foi levantado pela Resolução 460 (1979) de 21 de dezembro de 1979.³⁶

As medidas obrigatórias, quando inobservadas, constituem ilícito internacional. Note-se do caso concreto que *i*) a ONU instou que não se reconhecesse juridicamente governo efetivo de Estado substancialmente independente; *ii*) a ONU determinou sanções econômicas pela constituição de regime minoritário e racista. As sanções foram impostas independentemente da situação soberana da Rodésia do Sul em defesa de normas internacionais amplamente aplicáveis, entre elas a interpretação extensiva conferida à defesa da segurança internacional.

Pode-se afirmar que a ONU é representativa dos valores internacionais consubstanciados no Preâmbulo e no artigo 1 da Carta de São Francisco; no entanto, esses valores apenas se tornam normas jurídicas ao serem revestidas seja pela prática reiterada, seja pela pactuação dos Estados. Os princípios gerais nada mais são do que costumes mais genéricos e abstratos. Inescapavelmente, a vontade estatal —motor do costume, dos tratados e mesmo dos atos das OI— se faz presente como origem do DIP, tanto que a ONU nasce da confluência de vontades da sólida maioria dos Estados. Não se exige, entretanto, consenso absoluto e imodificável. Do contrário, sequer haveria potenciais violadores de normas internacionais.

A ONU, tal como outras organizações internacionais, nasce de correlação de forças díspares. A ausência de isonomia no processo decisório substantivo do Conselho de Segurança não é fator suficiente, porém, para se afirmar

³⁶ Baumbach, Marcelo, *Sanções do Conselho de Segurança: Direito Internacional e prática brasileira*, Brasília, FUNAG, 2014, p. 45.

falta de juridicidade dos comandos canalizados nas resoluções mandatórias. Existe, com efeito, interpretação política determinada precipuamente pelas grandes potências do *petit comité*. Contudo, semelhante assimetria é ordinária nos Parlamentos nacionais, em que grupos organizados de pressão obtêm êxito em demandas setoriais e corporativistas, sem que haja questionamentos sobre a juridicidade da atividade legislativa. O fato de haver Vontade Coletiva capaz de limitar o espaço de atuação de Estado individualmente considerado não ofende a soberania: seu limite é determinado pelo DIP. O Estado nacional apenas perderia soberania caso entidade homóloga, independentemente de justificação jurídica supranacional, monopolizasse a condução do governo.

VII. A VONTADE COLETIVA APLICADA: O CASO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Os tribunais internacionais, a diferença dos órgãos judiciais internos, dependem da aquiescência dos litigantes para que haja processamento e decisão sobre lide qualquer. O sucumbente que vier a desprezar a sentença internacional incorre em novo ilícito internacional, além de justificar as medidas de autotutela (*self-help*) que possam vir à luz, respeitadas a necessidade e a proporcionalidade.

A gênese de TPI, estável, permanente e institucionalizado, modificou a narrativa geral, conquanto não se trate de tribunal universal. O Estatuto de Roma previu possível caso de condenação internacional por comissão de *core crime* independentemente do local de ocorrência da infração e independentemente da nacionalidade do infrator. Em outras palavras, a Organização Internacional poderia exercer *ius puniendi* independentemente: *i*) da aquiescência de Estado que sustentasse vínculo de nacionalidade com o infrator; *ii*) do território em que teria ocorrido o crime, desde que sob o regime de remessa (*referral*):

A título de exemplo, cabe atentar para duas situações nas quais TPI não está autorizado a exercer jurisdição: (i) crimes de guerra cometidos no contexto de uma ocupação militar, em que nem o país ocupante nem o ocupado são membros do TPI; e (ii) crimes contra a humanidade perpetrados dentro das fronteiras de um Estado não parte. Em ambos os casos, o TPI somente poderá atuar se as referidas

situações forem objeto de remessa pelo Conselho de Segurança. Como se recorda, a ausência de consentimento do “país-alvo” não impede o CSNU de acionar a jurisdição do Tribunal por meio da remessa. Em não havendo intervenção do Conselho, contudo, as áreas permanecem descobertas, à luz das regras constantes do Estatuto que regulamentam o exercício da jurisdição do Tribunal.³⁷

Embora os casos sejam isolados e dependam da participação do Conselho de Segurança da ONU, trata-se de amostra de âmbito normativo internacional criado por vontade superior àquela manifestada concretamente por Estado individualizado. Se o principal órgão onusiano pode provocar atuação jurisdicional internacional sem autorização de Estado mediata ou imediatamente envolvido, nota-se existência de Direito Internacional Geral concebido por vontade supraestatal.

Receios sobre atuação abrangente do TPI determinaram protestos unilaterais dos Estados Unidos, membro permanente do Conselho de Segurança da ONU, que se socorreu no artigo 98(2) do Estatuto de Roma. Acordos bilaterais que protegessem agentes estadunidenses foram buscados,³⁸ ao arripio do propósito do tratado internacional.

No entanto, ainda que interpretação restritiva da atuação do TPI impeça maior impacto nas relações internacionais, os tribunais *ad hoc* da ONU, antecessores desta Corte, são suficientes para fundamentar a *Vereinbarung*. Os tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda cuidaram de crimes internacionais ocorridos em contextos domésticos. Militares e burocratas punidos sofreram julgamento internacional sem prévia delimitação de qual seria a Corte. Apesar das críticas pela pretensa violação do Princípio do Juiz Natural, o DIP acabou por marginalizar a aplicação desse princípio de Direito Interno.

VIII. CONCLUSÃO

O fundamento de obrigatoriedade do DIP é explicado por correntes doutrinárias diversas, virtualmente impossível o consenso entre estudiosos. Esse estado de arte se deve à ascensão do Objetivismo, escola genérica e plurívio-

³⁷ Cardoso, Elio, *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*, Brasília, Funag, 2012, p. 76.

³⁸ *Ibidem*, p. 96.

ca que teria soterrado o Voluntarismo, especialmente após a consagração do *ius cogens*, as Normas Imperativas de Direito Internacional Geral.

No entanto, a Vontade Coletiva de Triepel, feitas ressalvas interpretativas que não permitem se falar em “nova teoria”, mostra-se a narrativa mais condizente com o grau de institucionalização que o DIP alcançou. Antes mesmo da concepção das organizações internacionais de alcance universal, iniciativas unilaterais e plurilaterais reprimiam o comportamento recalcitrante de Estados que infringiam normas representativas de valores caros à comunidade internacional, tal como o Brasil escravocrata em relação à Inglaterra do século XIX. Com a criação da Sociedade das Nações e da Organização das Nações Unidas, a Vontade Coletiva passou a ser manifestada por sujeitos específicos, originados de tratados internacionais, vencida possível resistência teórica que não vislumbrasse “comunidade internacional” pretérita capaz de exercer a *Vereinbarung*. Os tribunais penais *ad hoc* e o TPI reforçaram a proteção de normas concebidas independentemente da aquiescência estatal individual.

Os valores e aspirações de Estados são insuficientes para que haja DIP. Eles residem no âmago dos burocratas que representam essas entidades coletivas. Apenas a vontade estatal —intermediada, obviamente, pela atuação humana— pode criar comandos obrigatórios para sujeitos de DIP. As teorias mistas, muitas vezes desesperadas pela falta de resposta evidente, não esclarecem a questão de fundo, pois apenas pode haver uma raiz primeira.

Nesse emaranhado de elucubrações, o caminho mais apropriado indica que a vontade individual é incapaz de criar e desfazer obrigações, existentes normas imperativas inderrogáveis. Ao mesmo tempo, a vontade é elemento essencial e fundamental, pois o Estado, no DIP contemporâneo, é o sujeito originário que delimita personalidade de outros sujeitos internacionais. Não resta alternativa senão se render à Vontade Coletiva, feixe de vontades que sobreviveria até mesmo ao arrependimento abrupto de algum dos constituintes.

IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCORTA, Amancio, *Curso de derecho internacional público*, t. I, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1986.
- ÁLVAREZ, José E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2017.

- ARAÚJO, Jailton Macena de, “Direitos Humanos e solidariedade —entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos direitos humanos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nova série, ano LIII, vol. 53, núm. 212, Outubro-Dezembro de 2016.
- BAUMBACH, Marcelo, *Sanções do Conselho de Segurança: Direito Internacional e prática brasileira*, Brasília, FUNAG, 2014.
- BENAVIDES-CASALS, María Angélica, “La constitución del derecho internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, nova série, ano X, núm. 28, Janeiro-Junho de 2016.
- BYERS, Michael, “The Shifting Foundations of International Law: A Decade of Forceful Measures against Iraq”, *European Journal of International Law*, nova série, ano XIII, vol. 13, núm. 1, 2002.
- CARDOSO, Elio, *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*, Brasília, FUNAG, 2012.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “El fundamento del derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, nova série, ano L, vol. 50, núm. 1, Janeiro-Junho de 1998.
- DUPLESSIS, Isabelle, “Le vertige et la *soft law*: réactions doctrinales en droit international”, *Revue Québécoise de Droit International*, Québec, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Hagggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014.
- FERNÁNDEZ FLORES, José Luiz, “El problema de la existencia del derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, nova série, ano XXII, vol. 22, núm. 1, 1969.
- FITZMAURICE, Gerald, “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”, *The Modern Law Review*, Londres, nova série, ano XX, vol. 19, núm. 1, Janeiro de 1956.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, “L’histoire du droit international est-elle compatible avec les théories positivistes?”, em DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Hagggenmacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014.
- JELLINEK, Georg, *Allgemeine staatslehre*, Berlin, O Häring, 1914.
- JELLINEK, Georg, *Die rechtliche natur der staatenvertrage: ein beitrag zur juristischen construction des völkerrechts*, Wien, Alfred Hölder, 1880.

- KELSEN, Hans e CAMPAGNOLO, Umberto, *Direito internacional e Estado soberano*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 8a. ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, *Responsabilidade internacional do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.
- NEFF, Stephenm, “Jurisprudential Polyphony: the Three Variations on the Positivist Theme in the 19th Century”, en DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Haggemacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, *Conceito da pessoa jurídica*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 1962.
- PELLET, Allain e MIRON, Alina, “Sanctions”, em WOLFRUM, R. *et al.* (coords.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- TOLEDO TAPIA, Fernando Enrique, “Fundamento obligatorio y consentimiento del Estado en la costumbre internacional”, *Revista de Derecho*, vol. II, núm. 1-2, Dezembro de 1991.
- TRIEPEL, Karl Heinrich, “As relações entre o direito interno e o direito internacional”, *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, nova série, ano LXIII, núm. 6, 1966.
- TRIEPEL, Karl Heinrich, *Völkerrecht und landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, “Verdross et la théorie du droit”, *EJIL*, Europe, 1994.
- VERDROSS, Alfred, “O fundamento do direito internacional”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, nova série, ano III, vol. 10, núm. 2, 2013.
- VIEGAS, Vera Lúcia, “*Ius cogens* e o tema da nulidade dos tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nova série, ano XXXVI, vol. 36, núm. 144, Outubro-Dezembro de 1999.
- WYLER, Eric, “L’influence du positivisme sur la doctrine volontariste et objectiviste en droit international: plus qu’un facteur de rapprochement?”, em DUPUY, Pierre-Marie e CHETAIL, Vincent (coords.), *The Roots of International Law: liber amicorum Peter Haggemacher*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014.

Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma

International Criminal Law or Criminal International Law: An Idle Discussion, in the Light of the Principles Established in the Rome Statute

Droit international pénal ou droit pénal international: une discussion intense, à la lumière des principes établis dans le Statut de Rome

Juan Carlos **Velázquez Elizarrarás***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *A veinte años de la ratificación del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional y sus principios*. III. *Distinción entre principios generales de derecho y principios del derecho internacional*. IV. *Descripción de los principios del derecho internacional penal en el Estatuto de Roma*. V. *Los principios básicos del derecho penal internacional*. VI. *Reflexión final: el DIP y el DPI constituyen dos disciplinas convergentes y complementarias a la luz de la aplicación de los principios jurídicos*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8658-5884>, karlovel@prodigy.net.mx.

Artículo recibido el 7 de julio de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 365-401
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: En el siglo XXI se habla con mayor propiedad, claridad y fundamento de la existencia plena del derecho internacional penal (DIP) como resultado de un doble proceso: la internacionalización del derecho penal y la penalización o criminalización del derecho internacional. Hoy se le concibe como una rama especializada del derecho internacional público, que paulatinamente ha ido evolucionando hasta llegar a su institucionalización, haciendo posible su formulación precisa y sistematización toda vez que cuenta con precedente, práctica amplia y doctrina (requisitos básicos para su codificación). En el presente artículo comparto algunas reflexiones analítico-críticas en torno a su contenido específico y diferenciación con el derecho penal internacional (DPI), planteando la existencia de una discusión ociosa que se ha presentado en los medios académicos, doctrinales y profesionales, en el sentido de que ambas disciplinas son distintas en su denominación, pero idénticas en su forma y en su fondo. En tal virtud, se busca demostrar que el esclarecimiento de este falso debate se logra a la luz del estudio de los principios establecidos en el Estatuto de Roma de 1998, que da origen a la Corte Penal Internacional (CPI).

Palabras clave: derecho internacional penal, derecho penal internacional, derecho internacional público, principios generales de derecho, principios del derecho internacional, codificación, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT: In the 21st century, the full existence of International Criminal Law (ICL) is spoken with greater property, clarity and foundation because of a double process: the internationalization of criminal law and the criminalization of international law. Today it is conceived as a specialized branch of public international law, which has gradually evolved until reaching its institutionalization, making its precise formulation and systematization possible since it has precedent, broad practice and doctrine (basic requirements for its codification). In this article, I share some analytical-critical reflections on its specific content and differentiation from criminal international law (CIL), raising the existence of an idle discussion that has been presented in the academic, doctrinal and professional means, in the sense that both disciplines are different in name, but identical in form and substance. As such, it seeks to demonstrate that the clarification of this false debate is achieved in light of the study of the principles established in the Rome Statute of 1998, which gives rise to the International Criminal Court (ICC).

Key words: international criminal law, criminal international law, public international law, general principles of law, principles of international law, codification, Rome Statute, International Criminal Court.

RÉSUMÉ: Au 21^e siècle, la pleine existence du droit international pénal (DIP) est exprimée avec plus de propriété, de clarté et de fondement à la suite d'un double processus: l'internationalisation du droit pénal et la criminalisation du droit international. Aujourd'hui, il est conçu comme une branche spécialisée du droit international public, qui a progressivement évolué jusqu'à son institutionnalisation, rendant possible sa formulation précise et sa systématisation car il a un précédent, une pratique et une doctrine larges (exigences de base pour sa codification). Dans cet article, l'auteur partage quelques réflexions analytiques critiques sur son contenu spécifique et sa différenciation par rapport au droit pénal international (DPI), soulevant ainsi l'existence d'une discussion oiseuse qui a été présentée dans le signifie académique, doctrinal et professionnel, en ce sens que les deux disciplines sont différentes de nom, mais identiques en forme et en substance. À ce titre, il cherche à démontrer que la clarification de ce faux débat se fait à la lumière de l'étude des principes établis dans le Statut de Rome de 1998, qui donne naissance à la Cour Pénale Internationale (CPI).

Mots-clés: droit international penal, droit pénal international, droit international public, principes généraux du droit, principes du droit international, codification, Statut de Rome, Cour Pénale Internationale.

I. INTRODUCCIÓN

La relación del Derecho Penal con el Derecho Internacional se denomina de dos formas: 1) *Derecho Internacional Penal*, en el caso del Derecho Internacional Público, que tiene como principal cometido el estudio de la tipificación internacional de delitos por vía de tratados y el establecimiento de la jurisdicción penal internacional; y, 2) *Derecho Penal Internacional*, en el caso del Derecho Internacional Privado, que determina el ámbito de validez de la ley penal en cada Estado y la competencia de sus tribunales penales. Las cuestiones que ocupan a uno y a otro son de incumbencia del Derecho Internacional. Pese a ello, es común que los autores de materia penal traten particularmente las referidas al Derecho Penal Internacional bajo diferentes principios como el denominado “ámbito de validez espacial de la ley penal”.

Miguel MARZANO

Como jurista e internacionalista universitario, es motivo de aliento continuar participando como parte del equipo pionero que hizo posible la creación del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional (AMDI)* hace más de dos décadas. Con su aparición ininterrumpida, este volumen XXI celebra la que hoy es, a mi parecer, la publicación especializada en la ciencia jurídica internacional más prestigiosa en el mundo de habla hispana, y cuyo reconocimiento por investigadores, docentes y operadores del mundo jurídico de los cinco continentes es cada día más patente, sin olvidar la importante referencia directa que hizo a su contenido doctrinal la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas en 2003.¹

¹ Diversos aspectos del derecho internacional penal los he venido planteando en distintas publicaciones especializadas, y particularmente en el AMDI —desde el primer volumen en

El derecho internacional penal (DIP) es antiguo, sin embargo, es en el derecho romano donde la penalidad se instrumenta en su sentido estricto, cuando el Imperio sugiere un amplio esquema de sentencias a los delincuentes, tanto ciudadanos como extranjeros, concebidos éstos dentro del ámbito de aplicación del *jus gentium* o derecho de gentes. Pero será hasta fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX que se concretarán los primeros esfuerzos para atribuirle a este campo del derecho internacional, especificidad y un nombre definido. En realidad, la disciplina habría de permanecer varios años más en el terreno de la utopía, con pocas ideas concretadas en el terreno de los hechos, hasta que sus ejes principales de estudio son ampliamente formalizados en el último tercio del siglo XX y principios del XXI.

En los últimos cuarenta años ya se habla con mayor propiedad, claridad y fundamento de la existencia plena del DIP como resultado de un doble proceso: la internacionalización del derecho penal por un lado, y la penalización o criminalización del derecho internacional por el otro. Hoy se le concibe como una rama fundamental del derecho internacional público (DIPb), que paulatinamente ha ido evolucionando hasta llegar a su institucionalización, haciendo posible su formulación precisa y sistematizada toda vez que cuenta con precedente, práctica amplia y doctrina (requisitos básicos para su codificación). Por esta y otras razones, en el presente comentario de fondo compartiré con el lector algunas reflexiones sustantivas en torno a su contenido y diferenciación con el derecho penal internacional (DPI), planteando la existencia de un falso debate, o discusión ociosa, que se ha presentado en los medios académicos y doctrinales en el sentido de que ambas disciplinas son distintas de nombre pero idénticas en la forma y en el fondo, pudiéndose elegir entre uno u otro de manera libre e indiferenciada.

Sin embargo, el problema va más allá, pues se utilizan las distintas denominaciones sin precisarlas, por lo que su uso arbitrario en la doctrina, en la academia y en la práctica es una cuestión que supera la simple *commodité*

2001— cuando presenté el artículo intitulado “El derecho internacional penal y la justicia penal internacional en el tercer milenio”, y en el tercer volumen en 2003 con el enunciado de “El derecho internacional penal y la jurisdicción universal en el caso *Slobodan Milosevic*”. Desde ahí hasta hoy en día, continúa siendo una temática de gran dinamismo, amplio debate teórico y doctrinal, e inusitado interés en la práctica jurídico-política de los Estados y de los organismos jurisdiccionales internacionales, y más aún, a partir de la instauración de los tribunales criminales para la exYugoslavia y Ruanda por el Consejo de Seguridad de la ONU, y particularmente cuando se ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional en julio de 2002.

(conveniencia) o *le confort* (comodidad) en su precisión conceptual y estudio, como se desprende de los trabajos de algunos juristas franceses y españoles contemporáneos.² En consecuencia, uno de los grandes debates teóricos de la actualidad estriba precisamente en la necesidad de diferenciar al DPI del DIP, asumiendo que no se trata de un asunto de semántica llana, sino más bien de conocimiento profundo, pues, *grosso modo*, el primero refiere al derecho penal nacional que tiene implicaciones con el derecho internacional; mientras el segundo, por el contrario, estudia los aspectos criminales del derecho internacional.

Uno de los medios disponibles más adecuados para esclarecer el panorama consiste en recurrir al análisis de los principios generales de derecho y su extensión a los principios del derecho internacional (y viceversa), poniendo en relieve el comportamiento que en paralelo observan los principios generales de derecho penal contenidos en el Estatuto de Roma (ER) y su inserción en el DIP y en el DPI. Además, este ejercicio permite ubicar con mejores elementos sus diferencias, similitudes y roles sustantivos, con miras a demostrar la hipótesis que constituye una discusión ociosa o un falso debate, reducir su referencia a la elección indistinta e irreflexiva entre una de ambas disciplinas, como si fueran lo mismo, y constriñendo su génesis, objeto, sujetos y contenidos de fondo, a una mera cuestión de denominación o de simple nomenclatura; negando de paso el hecho de que son, en esencia, áreas distintas, convergentes y complementarias, y que por ser ramas del derecho internacional —concebido éste como unidad epistemológica— es válido y explicable que tanto el DIP como el DPI compartan campos comunes que se superponen, complementan o entrelazan, pero sin que por ello, se deban confundir.

En el hito de la delimitación y la hipótesis principal de la presente investigación se hace un planteamiento descriptivo de los principios generales de derecho penal contenidos en el ER (artículos del 22 al 33) para afirmar que hoy son reconocidos como fuentes sustantivas del DIP, considerando que tal reconocimiento comienza a mostrarse en la experiencia jurisprudencial de los tribunales penales internacionales para la exYugoslavia (1991) y Ruanda (1994), establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y que se consolidan en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

² Todos ellos grandes autores en materias de DIP, DPI y cooperación penal internacional: M. Cherif Bassiouni, Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet, Juan José Díez, Alicia Gil, Anne-Marie la Rosa, Michel Massé, René Koering-Joulin, Kai Ambos, entre otros.

(CPI), de 2002 a la fecha. Sin embargo, cabe anotar que si bien los principios generales de derecho penal, presentes en el DIP y en el DPI con distintos matices, son inmutables por su esencia y razón de ser, su construcción es una tarea dinámica y permanente derivada de la práctica de los Estados y de la experiencia de los tribunales penales supraestatales, debiendo considerarse la constante aparición de nuevos principios, su combinación o complementariedad, con otros más de corte tradicional.³

II. A VEINTE AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA QUE ESTABLECE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SUS PRINCIPIOS

El DIP y los distintos instrumentos e instituciones que lo integran, como los tribunales internacionales *ad hoc* y la CPI, cobran hoy alta relevancia y son recursos insustituibles en el contexto de una sociedad descompuesta donde imperan además de la violencia radical, el desorden y la inseguridad, la justicia fragmentada y la fractura de la ley, lo cual es combatido con suma ineficacia y lentitud, principalmente al interior de las comunidades nacionales donde los gobiernos que tienen la misión de pautar los estándares de justicia y consagrar el Estado de derecho se muestran muchas veces omisos, inactivos o carentes de voluntad política para llevarlo a cabo. Por esta razón, las relaciones internacionales y el DIP se hallan cada día más enlazados con el quehacer cotidiano de todos los países del orbe y con la vida interestatal en común, de tal suerte que la actual transnacionalización de los procesos conlleva la diseminación multidireccional de las conductas criminales de todo género, que demandan una especial colaboración entre los Estados y las organizaciones internacionales jurisdiccionales, para prevenir y reprimir tales manifestaciones que desde el interior de los territorios soberanos tienden a traspasar las fronteras y causar graves perjuicios a la comunidad global.

Por ello, el funcionamiento eficiente y eficaz de CPI y el ER exige, ante todo, ampliar no sólo su ámbito competencial, sino el alcance mismo de la

³ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “Los principios generales del derecho como principios comunes a los tribunales internacionales”, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 97-169. Véase también Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 407-453.

cooperación penal internacional que es parte del método del DIP, la cual debe ser más extensa y comprensiva para resolver cuestiones interconectadas de naturaleza compleja, como la protección al medio ambiente y la salvaguarda de los derechos humanos; la proscripción de la delincuencia organizada y el combate frontal del tráfico ilegal en todas sus manifestaciones, amén del reforzamiento de la seguridad individual y colectiva. Empero, la viabilidad del paradigma cooperativo descansa principalmente en las decisiones de los centros de poder mundial que parecen no simpatizar con la premisa básica de establecer un compromiso para la construcción de un nuevo orden de justicia penal internacional que impacte y transforme los sistemas penales internos de los Estados.

En este contexto, a veinte años de su establecimiento, es claro que la CPI ha quedado a deber, pero no precisamente por causas atribuibles a su estructura o funcionamiento formales, sino a que las soberanías estatales permanecen ancladas en las concepciones tradicionales del derecho y la justicia penales. La CPI tampoco ha sido del todo eficiente ni ha producido la jurisprudencia de ella esperada, porque funciona en un ambiente viciado donde el Estado-nación ya no es funcional desde el enfoque de la judicialización del sistema internacional —y de la juridificación de las relaciones internacionales—, dado que éste —como lo concibe el ER— supone la existencia de estructuras transnacionales de carácter mundial que imponen mutaciones críticas en los roles y niveles de los actores en juego, situación que conduce a algunos teóricos a pensar en el surgimiento de una especie de “soberanía global” como denominador común que conducirá a la humanidad a la constitución de un verdadero Estado de derecho internacional.⁴ Y en este escenario, si bien la CPI no ha funcionado por entero conforme lo previenen el ER y las negociaciones diplomáticas que le dieron origen, ha tenido que desarrollarse las últimas dos décadas con un sistema de Estados que pierden fuerza y credibilidad, y que al no ejercer con eficiencia social el monopolio legal de la violencia, ni siquiera parecen confiables en materia de seguridad.

Por su parte, también la guerra tiende a hacerse más compleja y con ella los crímenes de guerra, sin que sea posible denunciar sistemática y automáticamente la responsabilidad de los Estados, ni poner en marcha, por las mismas razones, los mecanismos institucionales y jurídicos de regulación, admi-

⁴ Becerra Ramírez, Manuel y González Martín, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 79-128.

nistración de justicia y conciliación. Es decir, la realidad fáctica de anomia social internacional en que se desenvuelve la CPI está, de algún modo, hecha a la medida de la parálisis de los Estados, ante las violencias que escapan a su control, a las técnicas diplomáticas notoriamente insuficientes y a las reglas de derecho nacional e internacional que resultan inoperantes en el momento en que las relaciones de conflicto salen de los espacios interestatales. Por su parte, el individuo, y los actores privados que disponen de más recursos, confirman también su posición en el sistema político mundial, mostrando mayor capacidad de definir los cursos beligerantes y de oponer la delicada rivalidad de conflictos sociales internacionales que generan ambientes propicios para la comisión de crímenes de lesa humanidad, de agresión y de otros tipos penales, dentro y fuera de la competencia de la CPI.

El tribunal atraviesa por el lapso más difícil en los veinte años desde la firma del ER, con el anuncio del retiro de cuatro países africanos (Burundi —el único que concretó su salida—, Sudáfrica, Gambia, Kenia) y uno asiático (Filipinas, que denunció el ER en 2019) lo que contraviene su credibilidad y tiende a ralentizar su proceso de consolidación. Como lo señala Carlos Cerda Dueñas,⁵ algunas de las críticas vertidas parecen ser razonables, en tanto que otras son más bien injustas, amén de que se percibe una clara conexión entre juicios en curso o potenciales enjuiciamientos y los Estados que desean retirarse o se niegan a ratificar el ER. Por ello, será necesario analizar las causas oficialmente esgrimidas por las partes en retiro, más otras que se han dado en la misma ruta, a la luz de las motivaciones de tales decisiones cotejándolas con cuestionamientos y actitudes adversas que la Corte ha recibido de otros miembros de la comunidad internacional.

Al margen del resultado que de ello se obtenga, la viabilidad de la CPI no está en entredicho y el mayor desafío se encuentra más bien en cómo logrará sortear las posiciones de ataque que vienen jugando las potencias que no son parte de la misma.⁶ Además, el hecho de que entre sus 123 miembros no figure Estados Unidos, China, Rusia, India o Israel ha reforzado la sensación de que resulta más cómodo llevar a juicio a presuntos criminales africanos, lo que sin duda significa una regresión a la universalidad que animó su creación

⁵ Cerda, Dueñas, Carlos, Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional”, *Revista Criminis*, Bogotá, vol. 59, núm. 2, mayo-agosto de 2017, pp. 126-128.

⁶ Hasta agosto de 2020, 123 países son Estados parte de la CPI. De ellos, 33 son de África; 19 de Asia-Pacífico; 18 de Europa Oriental; 28 de América Latina y el Caribe; 25 de Europa Occidental, y otros Estados.

y se percibe como una especie de privilegio excepcional para los Estados no parte, dado que sus nacionales quedan al margen de cualquier persecución jurisdiccional en un ambiente de franca impunidad.

Sin desestimar el significado que tiene el retiro de dos países (a la fecha de este texto), se deben analizar los efectos que han tenido en el correcto desempeño de la CPI, los embates de las potencias y los Estados de poder medio que no sólo se han negado a ratificar el ER, sino que han sido hostiles y abiertos opositores a su existencia, lo que aunado a las críticas recurrentes,⁷ han retrasado su desarrollo y afianzamiento. Empero, no se puede negar la loable labor que desempeña la CPI, que ha demostrado ser un órgano plenamente garantista, que respeta todos los procesos antes de enjuiciar a cualquier acusado, provenga del país que provenga, y sean cuales sean sus condiciones personales. Siendo justos, su creación misma, en un contexto de contrariedades y pugnas por el poder en todo el mundo, es un gran logro, amén de que ha avanzado mucho desde que entrara en vigor en 2002, evidenciando con 123 ratificaciones del ER que es un órgano con gran aceptación en dos terceras partes de la comunidad internacional, y que realmente es útil y necesaria en el camino global hacia una justicia real. En tal virtud, para que realmente se la pueda considerar una corte efectiva y eficaz, es necesario, entre otras medidas, que la Fiscalía realice reformas en sus instituciones y en su forma de proceder, para así alcanzar su principal objetivo y fin último, que reside en el enjuiciamiento de los sujetos que cometan crímenes contra la humanidad, y así coadyuvar de fondo a terminar con la impunidad y consolidar la paz y seguridad en el mundo.

III. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se ha reiterado sobradamente en la doctrina contemporánea del derecho internacional y sus fuentes, que su referente fundamental se encuentra en el

⁷ Procesos largos y discontinuos: cuatro sentencias dictadas en 18 años de ejercicio, y sólo dos de ellas condenatorias; tres absoluciones bastante discutibles por fallas procesales y de otro tipo; escaso número de reparaciones a los derechos e integridad de las numerosas víctimas; la señalada recurrencia a juzgar criminales de países africanos; su ambigüedad sobre la complementariedad; problemas de interpretación del Estatuto de Roma y del derecho reglamentario vigente, entre otros problemas tangibles.

artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el cual establece que “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar... los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” una disposición que presenta grandes dificultades para determinar su contenido exacto. Los principios generales de derecho son distintos de la costumbre, pero en ocasiones es complicado deslindar ambos conceptos; tampoco puede considerarse que sean principios de derecho natural, porque se establece claramente que sean “reconocidos por las naciones civilizadas”. Para los propósitos del presente estudio, un modo de aproximar el entendimiento de los principios generales del derecho, consiste en intentar distinguirlos —sin pasar por alto su imbricación— de los principios del derecho internacional general y, consecuentemente, del DIP y del DPI, y aunque el Estatuto de la CIJ omite tal clasificación, hay lugar para hacer una diferencia entre los principios como fuente, atendiendo a sus diferentes manifestaciones.

Al hablar de principios generales del derecho, el Estatuto se refiere seguramente a aquellos principios que son aceptados en el derecho interno de cada Estado, y que son susceptibles de aplicación internacional. Esta última precisión elimina ciertos principios generales del derecho interno que no se pueden trasladar al campo de las relaciones interestatales e internacionales, como sería el principio de que las personas pueden recurrir unilateralmente al juez, que actualmente resultaría inaplicable a los Estados a causa de la diferente estructura que tiene la sociedad global.⁸ Por su parte, los principios del derecho internacional, serían aquellos que no tienen su origen en el derecho interno, sino que son propios del derecho de gentes; en la vida entre las naciones se manifiestan porque son invocados por los Estados

⁸ Los principios generales de derecho son comunes a todos los sistemas jurídicos que se conocen en el mundo y observan algunas particularidades en su aplicación dependiendo de la tradición jurídica de la que se trate (*civil law* o *common law*, por ejemplo). Algunos estudiosos del derecho internacional han puesto en duda que estos principios constituyan una verdadera fuente del mismo, ya que de ellos no se deriva ninguna norma; sin embargo, toda vez que se entiende por fuentes las formas de manifestación del derecho internacional, en consecuencia, tales principios sí constituyen verdaderas fuentes del mismo, tanto en su contenido general como en el penal, que es el de nuestro interés en este estudio. Para el DIP como para el DPI, son particularmente relevantes pues, en esencia, son instrumentos que dispone el juez de la causa criminal para resolver los asuntos de su conocimiento en caso de haber lagunas, conformándose con esto un sistema jurídico penal completo, donde al menos, idealmente, no exista un caso sin respuesta jurídica. Estos principios generales de derecho se aplican tanto al fondo de los asuntos como al procedimiento.

o el juez internacional, sin mencionar expresamente su fuente, y al actuar de esta manera no están creando la norma, por el contrario, la consideran tan evidente que, por parecerles axiomática, no tratan de justificarla o fundamentarla. Como puede advertirse, esta categoría de principios es mucho más difícil de distinguir de la costumbre internacional que de los principios generales de derecho y, en realidad, quizás el único criterio plausible de distinción sería la permanencia, pues mientras la costumbre evoluciona, los principios del derecho internacional, por su mismo carácter de principios, de grandes líneas rectoras, deben permanecer inmutables.⁹

De su existencia da cuenta clara la jurisprudencia internacional, por ejemplo, cuando la CIJ, en su sentencia relativa al “Caso del oro monetario” (o amonedado como también se le conoce), del 15 de junio de 1954, emplea el término de principios del derecho internacional, al hablar de “...un principio del derecho internacional bien establecido e incorporado en el estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado, si no es con el consentimiento de este último”.¹⁰ Y respecto de su diferenciación con los principios generales de derecho, el profesor austriaco Alfred Verdross¹¹ ilustra de modo claro el problema al señalar que “Los principios del derecho de gentes, son reglas aceptadas directamente en la práctica internacional como siendo de derecho, mientras que los principios generales del derecho han sido primero reconocidos por los Estados en su derecho interno”.

En esta línea de argumentación parece estar fuera de discusión que no todos los principios del derecho interno son aplicables a las relaciones internacionales. Por ejemplo, el propio Verdross advierte que “un principio de derecho interno, común a las naciones civilizadas, sólo es válido para las relaciones internacionales si es aplicable a éstas”.¹² Por su parte, el maestro César Sepúlveda señala que el artículo 38 de la CIJ:

⁹ Un ejemplo claro de la presentación y contenido que adoptan los principios del derecho internacional se encuentra claramente expuesto en el artículo 2o. de la Carta de las Naciones Unidas, que comienza diciendo: “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios”, y pasa a enumerar siete principios en concreto que tienen una enorme relevancia en las relaciones internacionales de los últimos ochenta años.

¹⁰ Corte Internacional de Justicia, ICJ *Recueil*, 1954, p. 32.

¹¹ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1975, pp. 132-134.

¹² Verdross, Alfred, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52, 1972, p. 204.

...no se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los diversos Estados que casualmente coinciden entre sí, sino única y exclusivamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales aplicables a las relaciones entre Estados. Dicho de otro modo, son a la vez comunes a todos los sistemas legales y principios fundamentales de cada uno de ellos.¹³

Por su lado, Louis Le Fur sostiene que para poder aplicar los principios generales de derecho a las relaciones internacionales se requiere que sean: 1) principios reconocidos por el derecho positivo de los Estados; 2) reconocidos por la cuasi totalidad de los Estados civilizados, y 3) de aplicación directa del derecho objetivo (o natural), es decir, de la idea de justicia.

Para los doctrinarios que asocian los principios generales de derecho en el ámbito internacional a los existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, tales principios pueden clasificarse de la siguiente manera, según Verdross: a) principios sacados directamente de la idea de derecho (por ejemplo, el principio de que toda regla de derecho ha de presentar un contenido razonable); b) principios suministrados implícitamente por una institución jurídica determinada (por ejemplo, el principio de que toda convención presupone consentimiento libre sobre un objeto lícito), y c) principios afirmados por el derecho positivo de las naciones civilizadas.¹⁴ Ahora bien, según el maestro Wolfgang Friedmann sería de la siguiente manera: a) principios de apreciación e interpretación para todo género de relaciones jurídicas (por ejemplo, equidad, buena fe y abuso de derecho); b) normas mínimas de imparcialidad procesal (audiencia, igualdad procesal, *res judicata*), y c) principios sustantivos reconocidos amplia y suficientemente en los sistemas legales más importantes, y que pueden ser considerados como principios jurídicos internacionales.¹⁵

Para finalizar el epígrafe y volviendo a lo consignado por el artículo 38 de la CIJ, éste ha sido interpretado por la mayoría de los doctrinarios en el sentido de que al hablar de los principios generales de derecho se hace referencia exclusiva a los principios del derecho nacional, principios que, en virtud de su aplicabilidad universal, serían traspasables al derecho internacional. Al

¹³ Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 105.

¹⁴ Verdross, Alfred, "Les principes generaux de droit dans systeme des sources du droit international public", en Guggenheim, Paul, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, 1968, p. 521.

¹⁵ Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967, p. 240.

reposar este precepto en el reconocimiento de tales postulados por las naciones civilizadas, se sobreentiende que su sentido es lato, esto es, que comprende a la totalidad de los Estados. Empero, el debate sustancial no gira sólo en torno a los autores sustantivos de la existencia misma de los principios de derecho internacional independientes, sino de saber si éstos caen en el supuesto comprendido por el artículo 38, o bien si ellos derivan de normas convencionales o de costumbres concretas. Para la práctica, la polémica no es de una importancia mínima. Al efecto, el artículo 21 del ER que crea la CPI separa los principios de derecho internacional (inciso 1b, que comprende el derecho consuetudinario y los principios del derecho internacional de los conflictos armados), de los principios generales del derecho “que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” (inciso 1c).¹⁶

Siguiendo el sentido de estos enunciados, en los siguientes apartados trataré *grosso modo* la aplicabilidad de sendos matices de principios generales en el derecho internacional penal (DIP), procurando separarlos y diferenciarlos con la mayor claridad posible respecto de los que la práctica y la doctrina contemporáneas consideran principios propios del derecho penal internacional (DPI). Esta interpretación coadyuvará a demostrar la hipótesis de que constituye una discusión ociosa el pretender optar de manera indistinta e irreflexiva entre una de ambas disciplinas, tratándolas por igual, reduciendo su génesis, contenidos de fondo, enlaces y diferencias, a una simple cuestión de denominación o nomenclatura: DIP o DPI.

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA

En el apartado anterior se hizo hincapié en que, de un lado, no debe confundirse a los principios generales de derecho con los principios del derecho

¹⁶ El artículo 21 del ER señala a la letra: “Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: ...b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluyendo los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos”.

internacional que tienen un origen consuetudinario, o bien se encuentran plasmados en tratados internacionales, como la Carta de San Francisco, la Carta de Addis Abeba o la Carta de Bogotá, y que, del otro, hoy en día parte de la discusión doctrinal se centra, más que en la existencia de principios del derecho internacional, en la cuestión de saber si tales principios que señala el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ pueden derivar de principios internacionales. Al respecto, el reconocimiento de consideraciones humanitarias reviste una importancia particular; por ejemplo, en su primer caso resuelto, el alto tribunal declaró, entre otros tópicos, que las obligaciones pueden fundarse no solamente en los tratados o el derecho de la costumbre, sin o igualmente “...sobre ciertos principios generales y ampliamente reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad”,¹⁷ y posteriormente confirmó esta jurisprudencia en todo lo concerniente al crimen de genocidio.¹⁸ Asimismo, en el caso *D. Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia habla de “consideraciones elementales de humanidad y de buen sentido”, así como de justificación para la aplicación de disposiciones relativas a los conflictos armados internacionales y a los conflictos internos, sin indicar otra fuente de derecho.¹⁹ Adicionalmente, la Cámara de Apelación del citado tribunal explica que “Los principios y reglas del derecho humanitario reflejan «las consideraciones elementales de humanidad» ampliamente reconocidas como mínimamente obligatorias para la conducción de conflictos armados de cualquier tipo”.²⁰

Sin embargo, las consecuencias concretas de tal caracterización son dudosas. El recurso a las consideraciones de humanidad son objeto de oposiciones formales que se refieren al hecho de que tal o cual disposición no sería del todo aplicable en el caso concreto. En el mismo tenor, los principios del derecho internacional no pueden penalizar un comportamiento determinado sin la concurrencia y el apoyo del derecho consuetudinario o el convencional, en razón de su falta de la precisión que es requisito *sine qua non* del derecho penal y por consecuencia del DIP.

¹⁷ Corte Internacional de Justicia, *Caso Estrecho de Corfú*, *Recueil*, 1949, p. 22.

¹⁸ Véanse “Reservas a la Convención sobre genocidio”, opinión consultiva de la CIJ *Recueil*, 1951, p. 23; CIJ, “Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio”, excepciones preliminares, *Recueil*, 1986, p. 14.

¹⁹ Véase el caso del Tribunal Penal Internacional IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, p. 119.

²⁰ *Ibidem*, p. 129.

Conforme al pensamiento actual de la escuela penal francesa,²¹ en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que habla de “principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones”, no se refiere a principios generales en un sentido técnico, sino más bien a principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, y devenidos por consecuencia en derecho consuetudinario (lo cual no deja de ser discutible). Por su parte, los principios generales del derecho, al igual que el principio de la buena fe, juegan un papel importante en el derecho procesal, cuando la regla *nullum crimen sine lege* —consagrada como principio general de derecho penal en el artículo 22 del ER— no es aplicable.²²

En la óptica en que se vea, este tema representa una laguna inexplicable en los principales textos que han aparecido en los últimos veinte años en materias de DIP y de DPI. Por ello, es conveniente describir a continuación —sin su necesario análisis, que no se desarrolla aquí por estrictas razones de espacio— el contenido de la Parte III del Estatuto de Roma (artículos del 22 al 33) relativa, precisamente, a los principios generales de derecho penal aplicables por la CPI como fuentes del DIP. En su mayoría, se trata de principios generales del *ius puniendi* nacional, pero con amplia vocación internacional y susceptibles de aplicación, práctica y reconocimiento (derecho consuetudinario y derecho convencional), en el ámbito dinámico de las relaciones penales entre los Estados y las “naciones civilizadas”.²³

Nullum crimen sine lege. El artículo 22, párrafos 1, 2 y 3, establece que nadie será penalmente responsable conforme al Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que se realice, un crimen de competencia de la Corte; que la definición de crimen será interpretada estrictamente y no será extensible por analogía y, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena (aquí serían también aplicables los principios *in*

²¹ Ascensio, Hervé *et al.*, *Droit international pénal*, París, Pedone, 2000. También véase Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit pénal international*, París, Press Universitaires France, 1993.

²² Por ejemplo, respecto al principio de la buena fe, véanse Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia TPIY, *Caso T. Blaskic*, IT-95-14-AR108bis, 29 de octubre de 1997, p. 68; *Caso Ensayos Nucleares*, CIJ, *Recueil*. 1974, p. 253.

²³ El Estatuto de la CPI fue aprobado por la comunidad internacional el 17 de julio de 1998 en la ciudad de Roma, Italia, y contiene 128 artículos organizados en 13 partes.

dubius reus est absolutus dubio pro reo).²⁴ Se advierte que nada de lo dispuesto en este precepto afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional al margen de lo que estipule el Estatuto.

Nulla poena sine lege. El artículo 23 prescribe que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el propio Estatuto.

Irretroactividad ratione personae. El numeral 24, párrafos 1 y 2, preceptúa que nadie será penalmente responsable de conformidad con el instrumento jurídico por una conducta anterior a su entrada en vigor; y que, de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Responsabilidad penal individual. De manera profusa y precisa el artículo 25, párrafos 1, 2, 3, incisos del a al f, señala que de conformidad con el dispositivo la Corte tendrá competencia sobre las personas naturales; quien cometa un crimen de dicha competencia será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto y, conforme a éste, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de tal competencia quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consuma o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa del comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

²⁴ El primero se traduce como: “En la duda hay que absolver al demandado”. El segundo significa: “Cuando en un proceso penal exista duda del juez, éste debe beneficiar al inculcado”.

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.²⁵

Finalmente, se estipula que nada de lo dispuesto en el ER respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Exclusión en los menores de 18 años en la competencia de la Corte. El artículo 26 es conciso al referir que la Corte no será competente respecto de los individuos que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

Imprudencia del cargo oficial. El artículo 27, párrafos 1 y 2, preceptúa que el Estatuto será aplicable por igual a toda persona sin distinción alguna basada en el cargo oficial; particularmente, el cargo oficial de un individuo, sea de jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá de suyo razón para reducción de la pena. Además, apunta que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al *derecho interno* o al *derecho internacional*, no serán obstáculo para que el tribunal ejerza su competencia sobre ella.

Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Este principio que refiere el artículo 28, incisos a y b, es fundamental, sin demérito de los demás que incluye el instrumento para el tratamiento eficaz de los crímenes de guerra, pues establece que además de otras causales de responsabilidad penal conforme al Estatuto por crímenes competencia de la Corte que serán responsables:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban

²⁵ Artículo 25 del ER.

cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.²⁶

Imprescriptibilidad. La explicación de este principio es directa cuando el artículo 29 sostiene que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

Elemento de intencionalidad. El numeral 30, apartados 1, 2, incisos a y b; y 3, precisa que salvo disposición en contrario, cualquier individuo será penalmente responsable y podrá ser penado por un crimen de competencia del tribunal únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen; asimismo, y para los efectos de esta disposición, se entiende que actúa intencionalmente quien, en cuanto a una conducta, se propone incurrir en ella; o, en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que tendrá lugar "...en el curso normal de los acontecimientos". También que a los efectos del artículo en comento, por "conocimiento" se debe entender "...la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido".

*Circunstancias eximentes de la responsabilidad.*²⁷ El artículo 31, apartados 1, incisos a al d; 2 y 3, ha dado pie a largos debates en los medios académicos y opiniones disidentes en los procesos conducidos por la CPI para enjuiciar,

²⁶ En seguida, el artículo 28 del ER indica: "b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a, el superior será penalmente responsable por los crímenes competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".

²⁷ Para un análisis completo y actual del artículo 31 recomiendo la obra de Dondé Matute, Javier (coord.), *Eximentes de responsabilidad penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, México, Ubijus, 2019.

sentenciar e incluso exonerar²⁸ a distintos acusados, principalmente africanos. Consigna a la letra lo que a continuación se cita:

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o la naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera; c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.²⁹

²⁸ Por ejemplo, están los casos de Jean-Pierre Bemba Gombo, absuelto (en junio de 2018) de la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la República Central Africana del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003; y de Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé que resultaron exonerados (en enero de 2019) de los cargos de crímenes competencia de la CPI cometidos en 2010 y 2011 en Costa de Marfil.

²⁹ Prosigue señalando: "...d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control. 2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que se esté conociendo. 3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba". Artículo 31 del ER.

Error de hecho o error de derecho. La estipulación contenida en el artículo dice que el *error de hecho* eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen; y que, el *error de derecho* acerca de si una determinada clase de conducta constituye un crimen competencial del tribunal no se considerará eximente; empero, indica que dicho error de *jure* podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del instrumento que nos ocupa.

Órdenes superiores y disposiciones legales. El artículo 33 estipula a la letra lo siguiente:

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden militar emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita, y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como corolario del planteamiento descriptivo de estos principios generales de derecho penal contenidos en el ER (artículos del 22 al 33), se puede afirmar que hoy son reconocidos plenamente como fuentes sustantivas del DIP, considerando que tal reconocimiento comienza a mostrarse en la experiencia jurisprudencial pionera de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia (1991) y Ruanda (1994) establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y que encuentran su consolidación en la jurisprudencia de la CPI de 2002 a la fecha. Sin embargo, cabe anotar que si bien los principios generales de derecho penal son inmutables por su esencia y razón de ser, su construcción es una tarea dinámica y permanente derivada de la práctica de los Estados y de los tribunales penales internacionales, de tal suerte que debe tomarse muy en cuenta la aparición de nuevos principios, su combinación o complementariedad con otros de corte tradicional y hasta ahora relativamente descuidados, como el de la equidad general y el de la justicia penal internacional, que hacen recordar a doctrinarios que han reflexionado en torno a su comportamiento evolutivo, como Cosentini, Strupp, Anzilotti y el mexicano García Máynez, ésta último al respecto

solía repetir que “sea cual fuere la posición que se adopte frente al problema, creemos que en cualquier caso debe la equidad ser considerada como principio general de derecho, y, en realidad, como el primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros”.³⁰

V. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Las escuelas contemporáneas ibero y latinoamericana del derecho internacional privado (DIPr), que están encabezadas, entre otros exponentes, por autores como el español Alfonso Calvo Caravaca,³¹ el ítalo-argentino Antonio Boggiano,³² las argentinas Sara Feldstein³³ e Inés Weinberg,³⁴ el colombiano Augusto Ibáñez,³⁵ el brasileño Haroldo Texeiro,³⁶ la hispano-mexicana Nuria González³⁷ y los mexicanos Leonel Pereznieto,³⁸ José Luis Siqueiros,³⁹ Jorge Alberto Silva⁴⁰ y Javier Dondé,⁴¹ comenzaron a desarrollar desde finales del siglo anterior el estudio de lo que ellos denominan derecho penal internacional (DPI), como una vertiente disciplinaria bien identificada y por

³⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1980, p. 377.

³¹ Calvo, Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa, González, Javier (dirs.), *Compendio de derecho internacional privado*, Murcia, España, 2019.

³² Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

³³ Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

³⁴ Weinberg de Roca, Inés M., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

³⁵ Ibáñez, Guzmán, Augusto J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.

³⁶ Texeiro Vallado, Haroldo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, 1997.

³⁷ González, Martín, Nuria, *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.

³⁸ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000.

³⁹ Siqueiros Prieto, José Luis, *Síntesis del derecho internacional privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

⁴⁰ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, México, Porrúa, 1999.

⁴¹ Dondé Matute, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del sistema de justicia internacional*, México, Porrúa, 2015.

tanto diferente del derecho internacional penal (DIP), bajo el argumento de que se trata de un *ius puniendi* de naturaleza y contenido eminentemente nacional e internacional a la vez, que corresponde más al ámbito del DIPr que del derecho internacional público (DIPb); lo cual, lejos de representar una supuesta “pugna entre ambas disciplinas”, exhibe una faceta diferente y muy interesante que enriquece y contribuye a comprender la diversificación actual del derecho internacional como un todo, un fenómeno cada vez más estudiado en la teoría, la doctrina y la práctica jurídica cotidiana de los Estados y los organismos internacionales jurisdiccionales.

La razón por la que los privatistas incluyen el estudio del DPI como un campo disciplinar del DIPr —según ellos lo explican— radica en que existen semejanzas entre sus métodos de solución, precisamente en lo que se refiere al conflictual; y aducen además que si no se abordara el DPI en esta materia, difícilmente podría asumirse en otra; afirmación un tanto imprecisa ya que hay otras disciplinas que lo abordan como el derecho penal mismo,⁴² los tratados y convenciones internacionales, el derecho procesal internacional⁴³ y el derecho internacional jurisdiccional.⁴⁴ Y aunque en efecto, al DPI se le ubica dentro de la gestión del Estado, mientras que al DIPr se le sitúa en al ámbito de las relaciones privadas, es un hecho que los campos de ambas ciencias no son hoy en día nítidos ni definitivos, al tiempo que ocurre una continua y dinámica transformación que tiende a difuminar las fronteras disciplinarias entre ellas.

Otro argumento que esgrimen para incluir el DPI como tema del DIPr es el método, pues éste desde sus orígenes, ha tenido como objeto de estudio el derecho procesal internacional, y ahora la cooperación internacional para el proceso, disciplinas que se ubican dentro de la esfera de la función del Estado, más que en la de los particulares. Otra premisa la asumen en el sentido de que las técnicas conflictuales para resolver problemas del derecho penal o represivo son y han sido parte de las técnicas objeto del DIPr y no del DIPb, lo cual por cierto tampoco es absoluto y da pie a un debate que apenas se está iniciando en esta era de globalidad fáctica donde lo público y lo privado tienden cada vez más a entrelazarse. Lo innegable es que,

⁴² Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986.

⁴³ Frisch Phillip, Walter *et al.*, *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, México, Porrúa, 1998.

⁴⁴ Acosta Estévez, José B., *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, Barcelona, Bosch, 1995.

por una parte, existen diferentes problemas en el DPI en lo que a técnicas y métodos de DIPr se refiere, como es el caso del derecho aplicable de las normas de aplicación inmediata y del derecho internacional uniforme⁴⁵ y que, por el otro, en la actual sociedad global existen cada vez más actos ilícitos y conductas criminales que tienden a producir efectos fuera de los límites territoriales de los Estados en donde se realizan, lo cual obliga a utilizar el DIPr —y con él el DPI—, para conocer los principios que rigen a cada entidad soberana y las vías de resolución de dichas actividades objeto de represión y castigo.

Es también destacable el hecho de que en la mayoría de los países europeos y en algunos africanos y asiáticos, las soluciones de la ley penal no encuadran dentro del DIPr, mientras que la tradición americana plantea soluciones en materia de DPI que se establecieron en varios tratados y convenciones de DIPr (Lima y Montevideo) celebrados en Sudamérica desde la segunda mitad del siglo XIX. Asimismo, las normas penales objeto de estudio del DIPr son por lo común, de *aplicación inmediata*, esto es, aquellas que rechazan la aplicación de las normas materiales extranjeras. De hecho es el DIPr la disciplina que ha generado más jurisprudencia y doctrina sobre las normas de aplicación inmediata, por lo que esta experiencia jurídica puede ser de gran ayuda para el conocimiento y tratamiento de los principios del DPI como lo veremos a continuación; ello, sin olvidar que las normas penales suelen tener también naturaleza de normas materiales, y en ocasiones de normas de conflicto, como sucede en los sistemas jurídicos internos.

En dicho sentido, los analistas del DPI como un campo de estudio ubicado dentro de la Parte Especial del DIPr, aducen que las normas de derecho penal son territoriales, es decir, que rigen únicamente dentro del territorio de un Estado, reconociendo al mismo tiempo que no se circunscriben a criterios territoriales, sino que también obedecen a factores internacionales. Sostienen que, si bien lo que predomina es la *lex fori* (ley del foro), existen casos en que el aplicador del derecho debe tomar en consideración la ley

⁴⁵ Diferentes iusprivatistas latinoamericanos como Stella-Maris Biocca, en *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 1997, señalan que no obstante que la puesta en ejecución generalizada de la *lex fori* penal suele desalentar este tipo de estudios, además de que el DIP carece de una especial relevancia dentro del derecho de los conflictos, se considera importante que el estudiante no ignore la localización de la ley penal y los problemas de su aplicación en el espacio; una cuestión que ya pusieron en relieve diferentes pensadores de la escuela privatista francesa desde finales de la década de 1900 del siglo pasado.

penal extranjera y su interpretación, o bien los tratados (derecho uniforme) sobre la materia. Así, aunque existen varios criterios en torno a la aplicabilidad de la ley penal, ellos se circunscriben a los principios más admitidos, que son básicamente cuatro: de territorialidad, de personalidad, de protección de intereses y de justicia universal, a los cuales he incorporado dos principios más que son muy importantes en el tráfico jurídico internacional moderno: el de doble calificación de delictuosidad y el de cooperación penal internacional.

1. *El principio de territorialidad*

En éste se plantean tres aspectos: la territorialidad estricta, la territorialidad en cuanto a sus efectos y las ficciones territoriales. Respecto del primer aspecto, el criterio de territorialidad de la ley penal nos indica que ésta deberá aplicarse contra cualquier acto que se ejecute dentro del ámbito territorial de esa ley penal; es decir, *lex loci commisi delicti* (sentido positivo), además que no podrá ejecutarse tratándose de datos o hechos ocurridos fuera de su territorio, esto es, *leges non obligat extraterritorium* (sentido negativo). En ambos casos se prescinde de cualquier otro punto de conexión distinto al del territorio, es decir, aquí no se atiende si los infractores o los ofendidos son nacionales o extranjeros, ni tampoco cuál es su domicilio. Como se observa, esta hipótesis no plantea un problema de DIPr, pues en el supuesto o la consecuencia no se encuentra algún elemento extranjero; de esta forma, el elemento territorial es tan fuerte que difumina a los demás que le vinculan.⁴⁶ En el segundo aspecto, la territorialidad de la ley penal abarca también los delitos continuos y continuados que tengan consecuencias en un Estado determinado, bajo el supuesto que la conducta ocurrió en el extranjero, pero que tuvo efectos en un territorio nacional definido. En otros términos, la acción y el resultado se producen en diversos lugares, y en tales casos se consideran los delitos realizados *a distancia* y se enfatiza en el lugar *del resultado*

⁴⁶ No obstante existen excepciones, pues si bien el principio de territorialidad es el aplicable en todos los países, teóricamente, puede entenderse como regla general y como norma absoluta. Como norma general implica la existencia de reglas específicas que derogan la general; como regla absoluta, significa que dentro del territorio sólo se aplicará este principio. La historia, además, ha demostrado la presencia de otras excepciones en cuanto a la aplicación de la ley del territorio, e incluso respecto de la competencia de los órganos judiciales del territorio. Al respecto, véase Perezniето Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 298 y ss.

y no en el de la *acción o comisión del delito*. Por tal motivo, se estipula que la ley penal aplicable es la del lugar donde se produce el resultado, siempre que tenga lugar en un territorio nacional donde la ley interna así lo prescriba (*lex effectum delicti*).⁴⁷

Respecto de las ficciones territoriales, hay consenso entre los especialistas en que a pesar de que se trata de conceptos que hoy se perciben como muy antiguos, todavía tienen vigencia, y en ocasiones revisten particular importancia. Se trata de la extensión de la territorialidad del Estado a propiedades que éste posee en el extranjero o de la extensión territorial que también se hace en el caso de buques y aeronaves con bandera o pabellón de una cierta nación. Esta ficción territorial aplica en materia de nacionalidad y se extiende también en materia penal internacional, por lo cual se considera que los delitos ocurridos dentro de estas “extensiones del territorio” fueron activados en el país en cuestión y, por tanto, la ley del territorio es la aplicable a esos casos, de tal suerte que los tribunales del foro son competentes para conocer de dichas infracciones. Y aunque en teoría esta situación no ofrece complicación alguna, en la realidad suele implicar muchos e interesantes problemas.⁴⁸ Como bien lo apunta Silva Silva, técnicamente, se trata de una

⁴⁷ Esta situación es la que ocurre en nuestro país, donde el legislador pasa por alto la aplicabilidad de la ley penal extranjera (el lugar de la acción) y determina no sólo la aplicabilidad de la ley mexicana, sino también la competencia judicial de los tribunales nacionales. Se trata, como en el caso de otros países latinoamericanos y europeos, de lo que se conoce como una norma de conflicto materialmente orientada, pasando por alto la *lex initium commissi delicti* para acoger la *lex finis commissi*. En adición, ocurre que algunas leyes locales, como la nuestra, otorgan competencia atendiendo al lugar donde el delincuente realiza el último de sus actos, lo cual no significa necesariamente que ahí se produzcan los daños (un detalle importante a considerar).

⁴⁸ Por ejemplo, en los buques con pabellón mexicano, se aplica la ley penal mexicana en delitos cometidos en esas embarcaciones cuando se encuentran en altamar, o bien, en el caso de buques de guerra surtos en puerto extranjero o en aguas territoriales de otra nación. Dicha ley se aplica también en buques extranjeros mercantes surtos en puertos nacionales o en aguas mexicanas. Se aplica igualmente a los delitos cometidos en aeronaves nacionales o extranjeras dentro de territorio nacional o en aeronaves mexicanas en el espacio internacional; lo mismo en legaciones diplomáticas o consulares mexicanas. Al respecto, el artículo 5o. del Código Penal Federal preceptúa lo siguiente: “Se considerarán como ejecutados en el territorio de la República: I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales. II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto. III. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o

norma jurídica material con vocación internacional (típica del DIPr y del DPI), toda vez que el legislador nacional busca que su norma de derecho interno se aplique a hechos ocurridos fuera de su propio dominio espacial.

2. Principio de aplicación personal de la ley penal

A través de éste se incrementa la protección a los súbditos del Estado, independientemente del lugar donde éstos se encuentren. Aquí no se atiende al lugar de realización de la conducta ni al del resultado, sino principalmente a un tipo específico de sujetos (los nacionales de un país). Sobre su base se extiende la competencia orgánica y legislativa a los delitos cometidos en el extranjero, esto es, se trata de normas materiales de derecho interno según las cuales se da respuesta a un delito ocurrido en el extranjero sin tomar necesariamente en cuenta lo que al respecto disponga la ley penal extranjera. Derivados de este principio encontramos los siguientes subprincipios:

- 1) *De personalidad activa*. Se penaliza a los nacionales que delinquen en el extranjero.
- 2) *De personalidad pasiva*. Se reprime a los sujetos que cometen un delito en perjuicio de personas de nacionalidad del Estado que así lo disponga en su norma interna. Se basa en la idea de la protección a los nacionales, incluso al grado —como ocurre en México— de reprimir a los extranjeros que en territorio extranjero cometen un delito contra un mexicano.
- 3) *De doble nacionalidad*. Se trata de la combinación de personalidades activa y pasiva, o sea, es de carácter mixto, donde se reprime al nacional que delinque contra otro nacional en territorio extranjero.
- 4) *Del domicilio o residencia habitual*. En este supuesto lo relevante es el domicilio o residencia del sujeto activo del delito, prescindiendo de su nacionalidad. Aunque no aparece en la legislación mexicana, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores imputa competencia al Estado parte de residencia habitual del menor.
- 5) *De personal extremo o absoluto*. Con base en éste sólo se aplica la ley penal del foro a los propios nacionales.

aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores. IV. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas”.

Al llegar a este punto, es oportuno reflexionar un poco en torno a las tesis relativas a una extraterritorialidad “extrema o exagerada”, las cuales han sido atemperadas, e incluso anuladas. Los casos que se plantean en dichas normas se conocen dentro de lo que suele denominarse “principios competenciales internacionalmente reconocidos en la esfera internacional”. Cuando se hace referencia al concepto de la “extraterritorialidad” debe acotarse y definirse con precisión: ésta significa que la norma jurídica se aplique fuera de su ámbito natural de aplicación, es decir, fuera del territorio del Estado que la emitió, y aquí la dificultad consiste en delimitar claramente sus alcances. Al respecto, Bertrand D’Argentre desde el siglo XVI definió el problema con la frase “*finitas potestas, finitas jurisdictio et cognitio*”, lo que se traduce en que el derecho de un Estado sólo puede aplicarse dentro de los límites en los que ese Estado puede ser capaz de aplicar sus normas, hasta donde alcance su poder y pueda, en consecuencia, hacer cumplir sus leyes: el ejercicio de su soberanía llega hasta donde termina su posibilidad de ejercer su jurisdicción y conocimiento.⁴⁹

3. Principio real o de protección de intereses

Varios doctrinarios españoles lo ubican en la situación en que el Estado se atribuye la facultad de juzgar los delitos contra su organización política cometidos en país extranjero. Por ejemplo, Juan José Díez Sánchez⁵⁰ y Alicia Gil Gil⁵¹ entienden que en su sentido más original, el principio de protección de intereses es aquel de aplicación extraterritorial de la ley penal que posibilita su aplicación a las infracciones contra ciertos bienes o intereses jurídicos del Estado, ejecutados en el ámbito extranjero. De aquí destacan dos elementos: primero, la base del principio la constituyen en esencia los llamados intereses estatales, colectivos o comunitarios, independientemente

⁴⁹ En estas condiciones, la extraterritorialidad como fenómeno excepcional sólo es posible cuando el Estado en donde deba de aplicarse la norma extranjera restrinja voluntaria y explícitamente la aplicación de sus propias normas jurídicas para que la norma extranjera se aplique.

⁵⁰ Díez Sánchez, Juan José, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, COLEX, 1990, p. 155.

⁵¹ Gil Gil, Alicia, *El derecho penal internacional. El caso especial del genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 254.

te de su valor e importancia; segundo, quedan excluidos de su ámbito de protección bienes o intereses jurídicos individuales. Obsérvese que se trata de un principio de defensa del Estado.

4. Principio de universalidad

Ante todo, se trata de un principio básico de orden público muy propio del derecho DIP, que comparte también el DPI. Complementa y perfecciona los anteriores principios del DPI, y es el equivalente al que los publicistas denominamos principio de jurisdicción universal⁵² y se explica como aquel principio rector que permite, sin impedimento de ninguna índole, que ciertas infracciones, por diversos motivos, puedan enjuiciarse por cualquier Estado, no importando el lugar donde se hayan cometido o la nacionalidad del autor. Desde una perspectiva genuinamente universalista, implica la competencia de los jueces de todos los Estados para reprimir los actos delictivos y crímenes cometidos por el delincuente que es aprehendido en su ámbito territorial (incluyendo ficciones territoriales). En opinión de Pereznieto Castro, no sólo se trata de la competencia orgánica, sino también la legislativa, que indica que la ley aplicable será la de cualquier Estado, en estos casos la *lex* y el *forum* normalmente van de la mano. En este contexto están enrolados los llamados *delicta iuris gentium*, o sea, los delitos que se estima que afectan a todos los actores estatales de la sociedad global; los que atentan contra bienes y valores reconocidos en todas las partes, apelando a la solidaridad internacional, misma que, por cierto, se había fundado inicialmente en el iusnaturalismo, el derecho de gentes, e incluso en principios de ética y moralidad.

En los últimos lustros, tal precepto se ha cimentado en tratados internacionales, especialmente de cooperación penal internacional, y es precisamente en el punto de los delitos que pudieran calificarse como universales —como los crímenes contra la paz y de guerra, la piratería, la agresión, el tráfico ilícito de armamentos, el genocidio y los crímenes contra la humanidad, entre los principales— donde parece percibirse con más claridad la frontera disciplinaria, y a la vez la imbricación que existe entre el DPI y el DIP. Al calor de este razonamiento, Pereznieto y Silva advierten:

⁵² Para mayor referencia, véanse Benavides, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001; Boggiano, Antonio, *Relaciones judiciales internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

En relación con los delitos considerados universales, existen dos direcciones dominantes en el campo penal internacional que forman parte del derecho internacional público y no del privado: a) La creación de un Tribunal Penal Internacional, cuya labor consista en enjuiciar crímenes de guerra y delitos internacionales (sistema de aplicación directa). Esta primera dirección hace necesaria la existencia de un cuerpo normativo internacional (un código penal internacional). b) La segunda dirección consiste en que en un convenio internacional se definan los crímenes internacionales y los Estados se obliguen a incorporar en su derecho interno tales delitos, incluyendo la colaboración y la asistencia judicial internacional (sistema de aplicación indirecta).⁵³

5. Principio de doble calificación de delictuosidad

El principio de doble calificación delictuosa (usual en DIPr-DPI) o de doble incriminación (común en DIPb-DIP) es muy importante en los actuales programas de cooperación penal internacional entre Estados soberanos, organizaciones intergubernamentales y tribunales internacionales. En todos los casos en que se ha hecho referencia a la represión, se condiciona al hecho de que la conducta que se pretende reprimir se califique de delictuosa, tanto en el lugar donde se realizó como en el que se encuentre el sujeto involucrado. Sin embargo, la práctica del DIPr-DPI muestra que no todos los Estados se alinean a este postulado, como ocurre con la ley española que no estipula la doble delictuosidad, misma que sí es necesaria en la mexicana, la chilena o la uruguaya, por ejemplo. En el caso del dictador chileno Augusto Pinochet, cuando los militares aún se encontraban en el poder, emitió una ley de am-

⁵³ Perezniato y Silva, *op. cit.*, p. 132. Ambos privatistas consideran que el tema de la jurisdicción universal y de los delitos de naturaleza universal corresponden más al campo del derecho internacional público que del privado y, por tanto, los ubican más dentro del objeto del DIP que del DPI, éste de carácter y naturaleza más territorial que aquél. Y una prueba de ello es que agregan otros delitos sobre los cuales, aducen, habrá de trabajar con mayor intensidad tanto la Corte Penal Internacional y el Código Internacional Penal (que se encuentra constituido en el propio ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI). Tales delitos, además de los antes señalados como de extrema gravedad y alta lesividad, son los de segregación racial (*apartheid*) y de esclavitud, experimentación médica ilícita, piratería, contra las comunicaciones aéreas internacionales, amenazas y uso de la fuerza contra personas internacionalmente protegidas, toma de rehenes, tráfico de drogas, robo de tesoros nacionales y arqueológicos, interferencia de cables submarinos, entre otros.

nistía en la que él se autoexoneraba y exoneraba a los demás involucrados en el golpe de Estado de la sangrienta represión desatada (1973-1975), lo que provocó que en Chile esos delitos dejaran de ser sancionables. De tal modo que, guardadas las proporciones, si a las autoridades de México se les presentara un problema similar podrían abstenerse de conocer el asunto, ya que en el otro país (en este caso Chile) el delito habría dejado de calificarse como tal.

Ahora bien, en algunos instrumentos internacionales no se precisa de la doble calificación de delictuosidad tratándose de los llamados *delitos universales* o *ius gentium*, que son materia más propia del DIPb en su vertiente criminal (DIP), es decir, aquí no es necesario que en el territorio donde se haya cometido el delito de genocidio no se encuentre penado, en virtud de que en la actualidad es reconocido por la sociedad global como un crimen grave, *erga omnes*, con lo cual se supera en el orden público internacional el criterio tradicional y estrecho de la doble delictuosidad.⁵⁴

6. Principio de cooperación penal internacional

Este principio es probablemente el que mejor ejemplifica el compartimiento de campos de estudio, fines y objetos de regulación entre el DIP y el DPI. La cooperación o auxilio entre los órganos que tienen como misión procurar y administrar justicia es una práctica común entre los Estados, que se ha venido acelerando de manera notoria ahora con la irrupción de la sociedad global y con ella la delincuencia organizada transnacional (DOT).⁵⁵ De hecho, la colaboración no se circunscribe a la cooperación judicial, sino que se amplía a los órganos investigadores de los delitos y a las instituciones

⁵⁴ Sin embargo, este principio es uno de los fundamentales en el método de la extradición, y ha sido objeto de amplio debate en cuanto a su ubicación disciplinaria. Adolfo Miaja de la Muela ha sostenido que “en realidad, también la extradición es materia más pertinente al derecho internacional público que al privado, pero su conexión con los grandes principios del derecho penal internacional explica su examen en este lugar (en el DIPr)”. Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, t. II, España, Gráficas Yagües, 1975, p. 419.

⁵⁵ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Investigación dirigida en temas de Derecho y cooperación penal internacional: sociedad internacional «anómica» y delincuencia organizada transnacional”, *Enseñanza analítica del derecho internacional en ciencias políticas y sociales. Debates, doctrina y contenidos temáticos internacionales*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2016, pp. 367-404.

encargadas de ejecutar las sentencias. La doctrina actual en América y Europa coincide en señalar que son cuatro los grandes campos en que se manifiesta este principio de cooperación punitiva internacional: a) tratándose de informes sobre detenciones; b) en obtención de pruebas; c) en situaciones de extradición, y d) en ejecución de sentencias.

Para finalizar el presente enunciado de los principios del DPI, sólo resta mencionar dos aspectos importantes que no deben soslayarse. El primero, se refiere a las solicitudes de cooperación que deben ser cada vez más eficaces y expeditas en un contexto mundial de creciente criminalidad, como el actual, y no sólo enfocarse en la obtención de pruebas, sino también en la localización de personas, ratificación, notificaciones y emplazamientos, cateos, comparecencias, etcétera, teniendo como base el principio de confidencialidad, e incluyendo la posibilidad de que se suministre información no accesible al público. El segundo, que la sentencia penal extranjera sólo podrá ser reconocida y ejecutada por un órgano de autoridad nacional, nunca por particulares. Tal situación ocurrió con la amenaza que pesaba sobre el escritor anglo-indio Salman Rushdie, en virtud del Decreto Fatua del Ayatola Jomeini en 1985, donde una sentencia como esa, por válida que fuera dentro de Irán, no podría ser ejecutada por particulares ni por órganos de autoridad de casi ningún país, pues no sólo contravendría el orden público nacional, sino también el Estado de derecho internacional y los derechos humanos universales.

VI. REFLEXIÓN FINAL: EL DIP Y EL DPI CONSTITUYEN DOS DISCIPLINAS CONVERGENTES Y COMPLEMENTARIAS A LA LUZ DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Para concluir las anteriores explicaciones en torno a los principios generales del derecho, los principios del derecho internacional y los principios generales del derecho penal —tomados aquí de forma general como “principios jurídicos” para demostrar que el DIP y el DPI son disciplinas distintas, convergentes y complementarias, y cuya negación constituye un debate o discusión ociosa— puede afirmarse, en primer término, que el derecho internacional es una disciplina matriz de la que proceden ambas vertientes, y que por constituir el derecho de gentes una unidad epistemológica es válido

y explicable que tanto el DIP como el DPI compartan áreas comunes que se superponen, complementan o entrelazan; pero sin que por ello, se deban confundir, o peor aún, reducir su existencia y contenido a un problema de nomenclatura o denominación, como habitualmente se maneja, principalmente en una parte de la literatura especializada.

En segundo lugar, es claro que al aplicar una o ambas disciplinas sobre conductas penales internacionales, como podrían ser los crímenes de guerra o de lesa humanidad, debe tenerse en cuenta que, por un lado, el DIP resulta de la convergencia de cuatro ramas del derecho: el derecho internacional, el penal, el humanitario y los derechos humanos; situación que al mismo tiempo ha sido la causa de su relativa ambigüedad como género autónomo; y por el otro, que el DPI, arraigado territorialmente, no está por principio diseñado para enfrentar las nuevas exigencias penales en los ámbitos internacional, transnacional y global, siendo por ello necesario recurrir al contenido, fuentes, objeto, sujetos y metodología del DIP, término que implica que es el derecho internacional el que debe determinar la elaboración de lo penal, y no en el sentido inverso.

El estudio de los principios jurídicos en general, y de los principios del derecho penal en particular, coadyuvan a un mejor discernimiento del falso debate aquí planteado, pues en esencia el DIPb-DIP y el DIPr-DPI, son disciplinas hermanadas y afines, con un origen y propósitos comunes, pero con métodos y técnicas distintos; la primera, encargada de regular y ordenar las relaciones públicas internacionales (generales y penales), y la segunda, las relaciones privadas internacionales (en ámbitos similares).⁵⁶ Las dos ciencias están llamadas a trabajar en coordinación, combinándose y complementándose para abordar los asuntos propios de las relaciones internacionales y de la cooperación penal internacional, incluyendo las de carácter semipúblico o semiprivado, según sea el caso o así sea demandado por la comunidad de Estados.

De ahí que sea correcto destacar que a la luz de la aplicación de los principios jurídicos se percibe una distinción clara entre DIP y DPI, en el sentido en que de la misma manera que los elementos nacionales en cada Estado modelan el derecho, y por ende la ley penal, en el tráfico internacional los elementos internacionales deben modelar la materia penal. Desde esta perspectiva, sería erróneo pretender que la técnica y el sistema *penal nacional*

⁵⁶ Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

—si cabe esta expresión como la que puede comprender todas las técnicas y sistemas penales nacionales— se aplique en automático al sistema *internacional penal*. Así, ante esta imposibilidad caben dos actitudes: una de renuncia, que se pronuncia por la exigencia de la responsabilidad penal en casos como los de Nüremberg, ex Yugoslavia y Ruanda; y otra de afirmación, es decir, que se inclina por la elaboración de un nuevo DIP, que debe efectuarse a partir de lo internacional hacia lo interno, y no de lo interior (estatal) a lo exterior (internacional), y sin forzosamente servirse de la técnica y de los sistemas penales nacionales, aunque por lo general éstos resultarán necesarios para la prevención de los delitos, la imposición de la legalidad y la administración de la justicia penal en el plano internacional.⁵⁷ No se olvide que un postulado básico sobre el que descansa la competencia de la CPI establecida por el ER —un instrumento del DIP— es, precisamente, el de la complementariedad.

Desde esta perspectiva de la complementariedad que prima en el quehacer de la CPI, cabe señalar que aunque al DPI se le ubica dentro de la gestión del Estado, mientras que al DIPr se le sitúa en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, los campos de ambas ciencias no son hoy en día nítidos ni definitivos; es decir, ocurre una continua transformación que tiende a diluir las fronteras entre ellas, situación que, por cierto, no se da entre el DIP y el DIPb. Sin embargo existen situaciones de convergencia entre el DIP y el DPI cuando los Estados recurren necesariamente a los medios que estas dos ofrecen para enfrentar, por ejemplo, los delitos internacionales “clásicos” y los “modernos” (como los transnacionales económicos, financieros, cibernéticos y digitales, entre otros) aplicando distintos instrumentos y mecanismos compartidos de cooperación penal internacional como el derecho uniforme, obtención de pruebas, informes sobre detenciones, emplazamientos, situaciones de extradición y entrega de presuntos delincuentes a tribunales (nacionales o internacionales), reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (estatales y/o supranacionales), activación de la jurisdicción internacional o de la jurisdicción universal.

⁵⁷ Los juristas del *common law* no hacen dicha distinción, pues para ellos todo es *international criminal law*. Entre los europeos del *civil law* las opiniones están divididas; autores como Anne-Marie la Rosa, se inclinan por el uso del término “derecho penal internacional” para describir el sistema normativo internacional dedicado a los aspectos penales o punitivos aplicables a la sociedad internacional en lo general y a los Estados e individuos infractores en lo particular. Véase La Rosa, Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal. Thèmes choisis*, París, Presses Universitaires de France-PUF, 1998, pp. 36 y 37.

El estudio de los principios aquí revisados en su generalidad permite reflexionar en torno a que, por un lado, las normas penales suelen tener también naturaleza de normas materiales, y en ocasiones de normas de conflicto, como sucede en los sistemas jurídicos internos; y por el otro, que el DPI se discute frecuentemente en el ámbito de las políticas gubernamentales, o bien en las líneas rojas o de “primer impacto” de algunos medios de comunicación escrita, lo que suele distorsionar sus contenidos. Como ejemplos recientes de esta situación, abundan numerosos casos en la experiencia bilateral entre México y Estados Unidos, al igual que otros más que han llevado al gobierno mexicano a atraer asuntos de la esfera local a la federal. De hecho, esta “espectacularidad” a la que con frecuencia está sometido el DPI hace olvidar sus aspectos técnicos y el sentido de los grandes principios que le dan cimentación, que son bastante interesantes y de gran relevancia para el tratamiento de los crímenes y delitos internacionales y el logro de la sana convivencia entre los individuos y las naciones en el convulso mundo actual.

Desde otra perspectiva, el análisis de las fuentes del DIP centrado en los principios permite definir su contenido como un conjunto normativo derivado del DIPb, dispuesto en tres niveles precisos y delimitados: la subjetividad (los sujetos), la objetividad (el objeto) y la metodología (el método de aplicación), lo que en otros términos puede entenderse como los *autores* de los delitos internacionales, la definición de los delitos internacionales y la represión de los delitos internacionales. Ahora bien, conforme a un criterio estrictamente penalista, el DIP sustantivo discurre sobre dos campos de actuación bien establecidos: el derecho de los delitos penales internacionales y el derecho de las sanciones penales internacionales. De ahí que su función sea, como la del derecho penal interno, la protección de bienes jurídicos internacionales. No obstante, esta acepción no define con suficiencia al derecho penal, ya que la protección de bienes jurídicos no es una función exclusiva de éste, sino que incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico en general.⁵⁸ En otros términos, en tanto que el derecho penal protege los bienes vitales más importantes del orden interno frente a las formas más graves de agresión, el DIP protege los bienes vitales que constituyen el orden internacional, los que son más relevantes frente a las conductas típicas de mayor gravedad.

⁵⁸ Fierro, Guillermo J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 5. Véase también Glaser, Stefan, “Introduction à l'étude du droit international penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, París, fascículo 3, 1989, p. 11.

Finalmente, la rapidez de los cambios ocurridos en nuestro tiempo en el sistema de relaciones internacionales precisa una reorientación más precisa del concepto, contenido y alcances que comúnmente reflejan la doctrina y la práctica del derecho internacional, y del estudio de sus fuentes sustantivas como son los principios, ante todo para comprender la naturaleza y el comportamiento de su extensión y diversificación actual, y de la cual una muestra destacable lo constituyen el surgimiento y consolidación del derecho internacional penal (DIP) y del derecho penal internacional (DPI). Más aún, tanto lo referente al alcance de los delitos internacionales como al ajuste de las jurisdicciones, los acontecimientos posteriores a la segunda guerra mundial y el fin de la guerra fría, obligan a hacer una reconsideración y reclasificación disciplinaria del derecho como paso preliminar al estudio analítico-crítico de la gradual internacionalización del derecho penal y sus principios.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, Barcelona, Bosch, 1995.
- AMBOS, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, México, INACIPE, 2002.
- ASCENSIO, Hervé *et al.*, *Droit international pénal*, París, Pedone, 2000.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BENAVIDES, Luis, “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.
- BIOCCA, Stella Maris *et al.*, *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, Buenos Aires, Universidad, 1997.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

- BOGGIANO, Antonio, *Relaciones judiciales internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.), *Compendio de derecho internacional privado*, Murcia, España, 2019.
- CERDA DUEÑAS, Carlos, “Incidentes y riesgos de involución en la Corte Penal Internacional”, *Revista Criminis*, Bogotá, vol. 59, núm. 2, mayo-agosto de 2017.
- CHERIF BASSIOUNI, M., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1992.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, COLEX, 1990.
- DONDÉ MATUTE, Javier (coord.), *Eximentes de responsabilidad penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, México, Ubijus, 2019.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del sistema de justicia internacional*, México, Porrúa, 2015.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.
- FRISCH PHILLIP, Walter et al., *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, México, Porrúa, 1998.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1980.
- GIL GIL, Alicia, *El derecho penal internacional. El caso especial del genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GLASER, Stefan, “Introduction à l'étude du droit international penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, París, fascículo 3, 1989.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- HUET, André y KOERING-JOULIN, Renée, *Droit pénal international*, París, Press Universitaires France, 1993.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- LA ROSA, Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal. Thèmes choisis*, París, Presses Universitaires de France-PUF, 1998.

- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, t. II, España, Gráficas Yagües, 1975.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniva, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, México, Porrúa, 1999.
- SIQUEIROS PRIETO, José Luis, *Síntesis del derecho internacional privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- TEXEIRO VALLADO, Haroldo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, 1997.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, "Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Enseñanza analítica del derecho internacional en ciencias políticas y sociales. Debates, doctrina y contenidos temáticos internacionales*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2016.
- VERDROSS, Alfred, "Les principes généraux de droit dans système des sources du droit international public", en GUGGENHEIM, Paul, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, 1968.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1975.
- VERDROSS, Alfred, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52, 1972.
- WEINBERG DE ROCA, Inés M., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Sanctioning International Terrorist Organizations (ITOs): The Changing Paradigm of International Legal Personality?

Las sanciones contra las organizaciones terroristas internacionales (OTI): ¿El paradigma cambiante de la personalidad jurídica internacional?

Les sanctions contre les organisations terroristes internationales (OTI): Le paradigme changeant de la personnalité juridique internationale?

Davorin Lapaš*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The Notion of International Legal Personality*. III. *International Secondary Legal Norms and NSAs*. IV. *“War against Terrorism” vs. UNSC Sanctions?* V. *Concluding Remarks*. VI. *References*.

* Sveučilište u Zagrebu, Croatia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5861-6620>, dlapas@pravo.hr.

Artículo recibido el 7 de enero de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 403-439
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Este trabajo aborda el problema de la así llamada “guerra contra el terrorismo”, las sanciones de la ONU y la posible responsabilidad penal internacional de las organizaciones terroristas internacionales (OTI), y la influencia de las mismas en el concepto contemporáneo de “personalidad jurídica internacional”. De este modo, las OTI, como destinatarios de las normas jurídicas internacionales que incriminan el terrorismo y las sanciones por ese delito, adquieren algún tipo de capacidad jurídica internacional que podría llevar a su personalidad jurídica internacional.

Palabras clave: sujetos de derecho internacional, personalidad jurídica internacional, organizaciones terroristas, uso de la fuerza, sanciones.

ABSTRACT: The paper deals with the problem of the so-called “war against terrorism”, UN sanctions and possible international criminal responsibility of international terrorist organizations (ITOs), and the influence thereof on the contemporary concept of “international legal personality”. Thereby, ITOs as the addressees of the international legal norms which incriminate terrorism and provide sanctions for such crime acquire some kind of international legal capacity which could lead to their acquirement of international legal personality.

Key words: subjects of international law, international legal personality, terrorist organizations, use of force, sanctions.

RÉSUMÉ: L'article traite du problème de la soi-disant “guerre contre le terrorisme”, des sanctions de l'ONU et de la responsabilité pénale internationale éventuelle des organisations terroristes internationales (OTI), et de leur influence sur le concept contemporain de “personnalité juridique internationale”. Ainsi, les OTI en tant que destinataires des normes juridiques internationales qui incriminent le terrorisme et prévoient les sanctions pour tel crime acquièrent une sorte de capacité juridique internationale qui pourrait conduire à leur personnalité juridique internationale.

Mots-clés: sujets de droit international, personnalité juridique internationale, organisations terroristes, recours à la force, sanctions.

I. INTRODUCTION

It was in September 2001, immediately after the terrorist attacks on New York and Washington, when the then U.S. President George W. Bush declared in his “Address to the Nation” that: “We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them”.¹

In the years that followed, this statement not only determined the U.S. attitude relating to the use of force in the contemporary international community, reviving the almost forgotten theory of just war (*bellum iustum*) and consequently the concept of *ius ad bellum*,² but it also raised another very important question: What does “We will make no distinction” mean? “No distinction” between whom? Between the terrorist organizations —formally non-state actors (hereinafter: NSAs), and “those who harbor them”— *i.e.* states as international legal persons on whose territories terrorists could be situated?

Such indiscrimination invokes the international responsibility (provided by the secondary international legal norm) of all the actors in international relations who are capable of breaking the international primary legal norm incriminating terrorism.³ On the other hand, only the addressee of a legal norm is capable of breaking it, and consequently it is only the addressee that could be the target of the sanction provided by the secondary norm directed to protect the efficacy of such a primary norm incriminating terrorism. This capability of an entity in every legal order, including international law, proves its legal capacity as the minimal element of its legal personality in such an order.⁴

¹ See Brown, Davis, “Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and other Responses”, *Cardozo Journal of International Law*, New York, vol. 11, issue 1, 2003, p. 17.

² Thus, Taghi Karoubi stated: “...[W]e are in an era when the theory has been revived or, at least, attempts have been made to revive it”. Taghi Karoubi, Mohammad, *Just or Unjust War? International Law and Unilateral Use of Armed Force by States at the Turn of the 20th Century*, Hants-Burlington, Ashgate, 2004, p. 6.

³ According to the general theory of law, the primary norm stipulates the rights and duties of a legal person, while the secondary norm stipulates the sanction for the breach of the primary norm; see *e.g.* Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1945, p. 61.

⁴ *Ibidem*, p. 93.

Therefore, the question central to this paper will be whether such indiscrimi-
nation concerning international responsibility for terrorist acts between ter-
rorist organizations (such as Al-Qaida or ISIL) and the states that may harbor
them enlarges the traditional concept of international legal personality. What
would the legal consequences of such an enlargement be and could it revive
the recognition of the concept of just war beyond the positive international
law, or, moreover, could it turn the international legal order back to the time
when private wars were a part of it?

Since the terrorist attacks of September 11th, the notion of “war” seems
omnipresent—in presidential statements and in the media, but also in the
works of legal authors.⁵ Usually, such a “war” tries to find its place in in-
ternational secondary legal norms, as a reaction to a prior internationally
wrongful act. However, it brings about no changes to the traditional con-
cept of *ius ad bellum*, since throughout the history of international law the
notion of “just war” has not been founded on the level of primary legal
norms, *i.e.* as a mere “right of state”. On the contrary, it has always been
part of a secondary international legal norm as a reaction (mostly *in última*
línea) to an internationally wrongful act of another state. After all, sanctions
including the use of armed force, primarily in the form of war, can be found
among the Chinese city-states as early as the middle of the first millennium
BC.⁶ Equally, the beginnings of international law among the city-states of
Ancient India⁷ and Ancient Greece⁸ are closely connected with war as a
sanction. Similarly, war was considered a sanction in international law from
the Middle Ages until the 20th century.⁹ Such a war was considered a “just
war” (*dharma yuddha* in Ancient India, or in the European legal tradition a
bellum iustum).¹⁰

⁵ Mégret, Frédéric, “«War»? Legal Semantics and the Move to Violence”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 13, issue 2, 2002, p. 362.

⁶ For more details on the international sanctions in ancient China, see Siu, Tchoan-Pao, *Le droit des gens et la Chine antique*, Paris, Jouve & Cie Éditeurs, 1926, pp. 28-40.

⁷ For more details on the development of international law in ancient India, see Singh, Nagendra, “The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as it Developed in Ancient India”, in Bos, Maarten and Brownlie, Ian (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 92.

⁸ See Brück, Otto, *Les sanctions en droit international public*, Paris, Pedone, 1933, p. 23.

⁹ *Ibidem*, pp. 26-54.

¹⁰ See Singh, Nagendra, *op. cit.*, p. 92.

This being so, what in fact is the novelty brought to us by the so-called “war against terrorism”? Some might say that it would be the dissolution of the traditional, state-centric concept of international legal personality according to which the use of force could be understood only within the framework of state sovereignty.¹¹

There is no doubt that hundreds of very valuable pages in international law doctrine have been published in the last decades concerning the unilateral use of force in this context. However, we would like here to call attention to the possible influence of the “war against terrorism” (or rather, the war against terrorist organizations)¹² on the contemporary concept of international legal personality.

II. THE NOTION OF INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY

The notion of legal personality is one of the most important issues in every legal order. However, there is probably no legal branch that has retained its actuality in such a measure as international law has. Reasons for this can be found in legal philosophy and sociology, as well as in history, but the best answer is almost certainly found in the very nature of international law: the horizontal structure of international legal order characterized by the lack of a centralized legislative power, as it exists in municipal legal orders, explains the specific nature of the international legislative process where the connection between the doctrine and international practice seems to be much more intensive and direct than in any other legal branch. International law creates its subjects, whilst at the same time it has been created by them.

¹¹ Cfr. Gill, Terry D., “Just War Doctrine in Modern Context”, in Gill, Terry D. and Heere, Wybo P. (eds.), *Reflections on Principles and Practice of International Law*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 21.

¹² See, for example, UNSC Resolution S/RES/1373 (28 September 2001). Also, in its resolution S/RES/1456 (20 January 2003) the UNSC stated: “...[T]errorism in all its forms and manifestations constitutes one of the most serious threats to peace and security; any acts of terrorism are criminal and unjustifiable...”.

On the other hand, as Mosler would say, every legal order defines a system of its subjects according to its aims and needs, granting legal personality, in the first place, to those entities in relation to which it desires to realize its aims.¹³ Therefore, the diversity of legal subjects among different legal orders seems unavoidable. International law cannot be the exception here.¹⁴ On the contrary, it can serve as a perfect example for the analysis of this process.

However, in spite of some proposals for codification in the field of international legal personality,¹⁵ contemporary international law does not contain any legal norm enumerating its subjects, or even regulating conditions for acquiring international legal personality. The dynamics of international relations most probably aggravates the international legislative process in that sense.¹⁶ Therefore, international law can only accept that subjects of law in any legal system are not necessarily identical.¹⁷ Be that as it may, every attempt of codification and defining of international legal personality, its elements or even its minimal standards remains necessarily on the doctrinal level.

DAVORIN LAPAŠ

¹³ Mosler, Hermann, “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public”, in Baugniet, Jean (ed.), *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 239.

¹⁴ Thus, Quadri states: “C’est la science du droit international et seulement elle qui pour des raisons systématiques manifestes a besoin d’utiliser l’idée abstraite de sujet de droit. Et cette idée doit être tirée de l’ordre juridique international dans son ensemble, de sa structure et de son esprit...”. Quadri, Rolando, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 113, issue III, 1964, p. 375. Similarly, Berezowski says: “Les catégories des sujets du droit international et leur nombre varient selon les relations internationales existantes et les règles juridiques de ces relations”. Berezowski, Cezary, “Les problèmes de la subjectivité internationale”, in Ibler, Vladimir (ed.), *Mélanges offerts à Juraj Andraszy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, p. 32. For a similar attitude, see Feldman: “...[H]istoric-comparative analysis has proved that international legal relations of each stage of historical development had their... particular international personality”. Feldman, David I., “International Personality”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 191, issue II, 1985, p. 357.

¹⁵ Feldman, David I., *op. cit.*, p. 406.

¹⁶ “L’existence de normes indiquant que certaines entités possèdent la personnalité internationale... n’a pas été établie dans le droit international positif. La pratique internationale ne permet pas de constater l’existence de telles normes.” Barberis, Julio A., “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 179, issue I, 1983, p. 168.

¹⁷ The International Court of Justice explicitly confirmed this attitude in the so-called “Reparation Case”. See *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 178.

1. A Concise Overview

The historical development of international legal personality can be understood through the relationship between the two poles: states and other participants in international relations. However, this relationship has not always been equally understood by the legal doctrine, particularly if the notion of sovereignty is taken as a starting point. Thus, Berezowski points out that if we take the notion of sovereignty, or more precisely *l'égalité souveraine*, as the basic element of international legal personality, all international relations will seem to be simply inter-state relations (*relations interétatiques*) and consequently, states will be the only subjects of international law. On the contrary, if we do not insist on the element of sovereignty, we will approach a much broader concept of international legal personality.¹⁸

From the very beginning of the development of the so-called classic international law in the second half of the 16th century, up to the threshold of the 20th century, in international legal order only states were recognized as subjects of international law.¹⁹ Such a restrictive approach can also be found in the second half of the 20th century in the works of some East-European, particularly Soviet, authors.²⁰ However, it is impossible to disregard the presence of some entities, atypical to the traditional “state-centric” approach, such as the Holy See, the Sovereign Order of Malta, or the more and more numerous international governmental and even non-governmental organizations (like the International Committee of the Red Cross–ICRC). Conversely, French legal thought at the beginning of the 20th century turned the concept of international legal personality com-

¹⁸ Berezowski, Cezary, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ Thus, for example, in his *Manual of International Law* in 1902 Liszt began the Chapter on subjects of International Law with the following words: “Only States are subjects of international law —holders of international rights and duties”. In German: “Nur die Staaten sind Subjekte des Völkerrechts: Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten”. Von Liszt, Franz, *Das Völkerrecht—systematisch dargestellt*, Berlin, Verlag von O. Haering, 1902, p. 34. For a similar approach, see the Judgment of the Permanent Court of International Justice in “Lotus Case” in 1927: “International law governs relations between independent States.” The Case of S.S. “Lotus”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, p. 18.

²⁰ Feldman, David I., *op. cit.*, p. 359. See also Tunkin, Grigoriĭ I. (ed.), *International Law*, Moscow, Progress Publishers, 1986, pp. 101-104 and 120-122.

pletely upside-down. Thus, according to one of the leading French legal theoreticians of that time, Georges Scelle, all international relations should be understood only as relations between individuals belonging to different states. Consequently, an individual was recognized not only as a subject of international law, but, moreover, as the only one.²¹

Whilst the reality of international relations did not confirm this approach, it should nevertheless be acknowledged that from that time the door of international legal personality has been opened to many other, state-unlike entities that have effectively taken part in the international community and its law.

2. *Some Attempts to Define the Notion of International Legal Personality*

Numerous authors within the international law doctrine have offered their own definitions of the notion of international legal personality. Thus, for example, Cheng and Barberis consider a subject of international law to be every person capable of being an addressee of an international legal norm imposing to it directly certain rights or duties.²² Similarly, it seems that Capotorti makes no difference between international legal personality and the legal capacity in international legal order.²³ It would probably be an oversimplification or overly theoretical to limit the understanding of international legal personality to legal capacity. After all, the capacity of the participants in international relations to produce legal consequences (*capacitas agendi*) like the treaty-making capacity (*ius contrahendi*), or the right of legation (*ius legationis*) are also the emanations of their legal capac-

²¹ Scelle, Georges, *Cours de droit international public*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1948, p. 512.

²² Thus, Cheng says: "...[A]voir la personnalité juridique internationale signifie être le destinataire direct des règles du droit international." Cheng, Bin, "Introduction", in Bedjaoui, Mohammed (ed.), *Droit international, Bilan et perspectives*, vol. 1, Paris, Pedone-UNESCO, 1991, p. 25. See also Barberis, Julio A., *op. cit.*, p. 169.

²³ Thus, Capotorti says: "...[D]ire qu'une entité possède la personnalité pour l'ordre juridique international dénote exactement la capacité du sujet à devenir titulaire des droits et des obligations prévus par cet ordre." Capotorti, Francesco, "*Cours général de droit international public*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 248, issue IV, 1994, p. 42.

ity being the *rights* given to its addressees by the norms of international law. Thus, Shaw points out:

Personality is a relative phenomenon varying with the circumstances. One of the distinguishing characteristics of contemporary international law has been the wide range of participants. These include states, international organizations, regional organizations, non-governmental organizations, public companies, private companies and individuals. To this may be added groups engaging in international terrorism.²⁴

Some authors, in addition to international legal capacity (*capacitas iuridica*), require that an international legal person should be capable of acting according to the requirements of international legal order, and consequently to produce legal consequences of such acts (*capacitas agendi*).²⁵ Some authors do not even differentiate between whether such a capacity is realized directly at the international level, or by means of a state and its organs.²⁶

On the other hand, there are authors who emphasize the element of international responsibility as necessary to acquire international legal personality. Thus, for example, Eustathiades seems to consider that a subject of international law should be capable of breaking international legal norms.²⁷ Similarly, Mugerwa considers that international legal personality encompasses: “responsibility for any behaviour at variance with that prescribed by the system”, “the capacity to enter into contractual or other

²⁴ Shaw, Malcom N., *International Law*, 8th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 156. Of course, one cannot conclude from this that Shaw advocates the international legal personality of ITOs. Thus, it continues: “Not all such entities will constitute legal persons, although they may act with some degree of influence upon the international plane.”

²⁵ See e.g. Levi, Werner, *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Boulder, Westview Press, 1979, p. 63; Vukas, Budislav, “States, Peoples and Minorities”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 231, issue VI, 1991, p. 486. Cf. Feldman, David I., *op. cit.*, p. 359.

²⁶ See e.g. Jennings, Robert and Watts, Sir Arthur (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., vol. 1, London, Longman, 1995, pp. 119 and 120.

²⁷ See Eustathiades, Constantin T., “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 84, issue III, 1953, pp. 414 and 415. See also Reuter, Paul, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 175; Barberis, Julio A., *op. cit.*, p. 165.

legal relations with other legal persons”, and “the capacity of claiming the benefit of rights”.²⁸

In all the above-mentioned definitions, there is one requirement that seems undisputable: legal capacity *i.e.* the capacity of an entity to be an addressee of legal rights and/or duties established directly by the international legal norms.²⁹ However, in international law the classification of international persons according to the content of their legal personality usually does not seem very convenient. In fact, the content of the international legal capacity of an international legal person depends primarily on its role in the international community.³⁰ Therefore, it is correct to conclude that international legal personality does not depend on the quantity of rights and duties.³¹ On the contrary, it seems sufficient for an entity to acquire any specific right or a duty directly by an international legal norm to become a subject of international law. After all, even the subjects of municipal legal orders do not necessarily have both capacities. For instance, children do not usually possess *capacitas agendi* at all, and even for adults it can be limited, and in some cases (*e.g.* mental disorders) they can be deprived of it. However, they will not thereby cease to be subjects of law, enjoying legal capacity (*e.g.* fundamental human rights) and consequently the legal personality in these legal orders.

²⁸ Mugerwa, Nkambo, “Subjects of International Law”, in Sorensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, London-Melbourne-Toronto-New York, MacMillan-St. Martin’s Press, 1968, p. 249.

²⁹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 93. Thus, Mosler defines legal personality as follows: “It means that a person possesses the capacity to be the subject of legally relevant situations. ... Legal capacity is a status in law which is, in a legal system, the reference point of conferring rights, obligations and competences.” Mosler, Hermann, “Subjects of International Law”, in Bernhardt, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1984, p. 443. See also Walter, Christian, “Subjects of International Law”, in Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 639.

³⁰ Thus, the International Court of Justice in its earlier-mentioned Advisory Opinion in the so-called “Reparation Case” stated: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community”. See “Reparation Case”, *cit.*, p. 178; “Chorzów Case”, the Réponse du gouvernement allemand à l’exception préliminaire du Gouvernement polonais (31 May 1927), C.P.I.J. Série C, No. 13-I, p. 173; Caffisch, Lucius *et al.* (eds.), *Les sujets du droit international*, vol. 3, Genoa, Librairie E. Droz, 1973, p. 33.

³¹ See Barberis, Julio A., *op. cit.*, p. 168; Mosler, Hermann, “Réflexions sur la personnalité juridique...”, *cit.*, p. 250.

Understood this way, even so-called non-state actors in international law cannot be an exception. Some of them, such as the International Committee of the Red Cross,³² the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies,³³ the Inter-Parliamentary Union, the International Olympic Committee, and a number of other, so-called “advanced NGOs”,³⁴ already opened the door of international legal personality proving that any attempt to freeze the concept of international community would necessarily halt its development, as well as the development of its law.

On the other hand, in international law doctrine there is no consensus concerning the content of another element of international legal personality —the capacity to act directly according to international law, *i.e.* to produce legal consequences of such acts (*capacitas agendi*). In this context, some authors put an emphasis on the international law-making capacity, or in particular on the treaty-making capacity,³⁵ while others highlight the element of international responsibility,³⁶ or even the requirement for *ius standi* before international *fora*.³⁷ This being so, Shaw considers the rising number of participants in the international scene as one of the most significant characteristics of contemporary international law. For him, “international personality is participation plus some form of community acceptance”.³⁸ What is more, following McDougal, and keeping with the language of his school of international legal process,³⁹ Higgins goes even further here. Instead of “subjects” she talks about “participants” in international (legal) relations.⁴⁰

³² See *e.g.* Shaw, Malcolm N., *op. cit.*, p. 207.

³³ Tomuschat, Christian, “General Course of Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 281, 1999, p. 159.

³⁴ See Lapaš, Davorin, “Diplomatic Privileges and Immunities for IGO-Like Entities: A Step Towards a New Diplomatic Law?”, *International Organizations Law Review*, Leiden, vol. 16, issue 2, 2019, pp. 397 and 398.

³⁵ *Cfr.* Mosler, Hermann, “Subjects of International Law”, *cit.*, p. 443; Feldman, David I., *op. cit.*, p. 359; Jennings, Robert and Watts, Sir Arthur (eds.), *op. cit.*, pp. 119 and 120.

³⁶ Eustathiades, Constantin T., *op. cit.*, pp. 414 and 415; Mugerwa, Nkambo, *op. cit.*, p. 249.

³⁷ Mugerwa, Nkambo, *op. cit.*, p. 249.

³⁸ Shaw, Malcolm N., *op. cit.*, p. 156.

³⁹ Nijman, Janne E., *The Concept of International Legal Personality. An Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 403.

⁴⁰ See Higgins, Rosalyn, “Conceptual Thinking About the Individual in International Law”, in Falk, Richard *et al.* (eds.), *International Law. A Contemporary Perspective*, Boulder, Westview Press, 1985, p. 480.

Similarly, McDougal states: “Contemporary theory about international law, obsessed by a technical conception of the ‘subjects of international law’, continues, however, greatly to over-estimate the role of the ‘nation-state’ and to underestimate the role of all these other new participants”.⁴¹

Although in international law there is no legal norm defining the notion of international legal personality or its elements,⁴² the search for possible international legal personality of any (new) participant in international relations should be concentrated on the above-mentioned elements: the capacity of an entity to be an addressee of legal rights and duties established by the international legal norms, and the capacity of acting directly in the international scene producing consequences relevant to the international legal order, including the international responsibility for a breach of international law.

Understood this way, international legal personality is a legal concept which is neither simply a set of elements (like legal capacity, treaty-making capacity, right to legation, international responsibility, etc.), nor necessarily their entirety. These elements are just proof of the presence of a new participant in international relations, which has become so intensive that it could no longer be ignored by the international community. Moreover, the presence of a new participant confronts the international community with the necessity of regulating its existence in international relations by its normative system, *i.e.* international law, providing it with the rights and duties according to its nature and role in the international community.

Therefore, international legal personality is the consequence of the actual acquiring of rights and duties given by international law to the participants in international relations. For that reason, subjects of international law are not made by “recognition” on the part of other, already existing subjects. On the contrary, such recognition can only have a declaratory

⁴¹ McDougal, Myres S., “International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 82, issue I, 1953, p. 161. On the other hand, “for many scholars, the *modern* subject is no longer acceptable as the basis for bringing us truth; new —*post-modern*— methods to gather knowledge, to find the available fragments of truth and to account for the phenomenon of man are needed”. Nijman, Janne E., *op. cit.*, pp. 370 and 371.

⁴² *Cfr.* Berezowski, Cezary, *op. cit.*, p. 33. See also Fortin, Katharine, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 71-89; Portmann, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 29-42.

effect simply as acceptance of the already existing subjects of international law, provided with their rights and/or duties by the international legal norms. Thus, as Bin Cheng ironically remarked: “If the recognition creates international legal personality, how was the first international person created?”.⁴³

III. INTERNATIONAL SECONDARY LEGAL NORMS AND NSAS

Traditionally, international law by its norms was directed to states which were considered to be the most important international persons. However, as we have already mentioned, such a “state-centric” concept, even centuries ago, could not disregard the presence of certain non-state actors (such as pirates) who had been able to break international legal norms, having been at the same time targets of sanctions provided by international law.

There is no doubt that the development of individual international criminal responsibility in the 20th century extended the concept of international legal personality. An individual became not only an addressee of international rights and duties (*e.g.* according to international humanitarian law-IHL), but at the same time, such a development made him responsible before international *fora* (such as the ICTY, ICTR, ICC) for the breach of those legal norms.⁴⁴

In such a broadening of addressees of international legal norms, international law went even further. In numerous resolutions of the UN Security Council (UNSC) in the 1990s, some of the so-called “non-state entities” became targets of international sanctions.⁴⁵ Thus, for example, the UN

⁴³ Originally in French: “...[S]i c’est la reconnaissance qui confère la personnalité juridique, comment la première personne internationale a-t-elle acquis sa personnalité?”. Cheng, Bin, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁴ Of course, the existence of such *fora* should not be understood as a condition for the responsibility of an entity for an internationally wrongful act. Such responsibility arises from the fact of the breach of an international legal norm, while the role of these *fora* is to process and/or sanction the wrongdoer.

⁴⁵ In such a context the term “non-state entity” has been used by Damrosch; see Damrosch, Lori F., “Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures”, *Recueil des cours de*

sanctions in Sierra Leone were directed against the military junta and its members, but also against members of their families.⁴⁶ In the same context, similar UNSC resolutions can be mentioned in the case of sanctions applied to Angola targeting the *União Nacional Para a Independência Total de Angola* (UNITA), as well as in the case of Liberia where the target was the Revolutionary United Front (RUF) and its members.⁴⁷

Similarly, in the case of Cambodia the UN sanctions were targeted against the Khmer Rouges —a faction in the civil war in that country—,⁴⁸ and in the case of Haiti the target of the UN economic sanctions, and of the subsequent military intervention, was also the military junta.⁴⁹

Finally, even in the case of the war in former Yugoslavia, the UNSC in some of its resolutions referred to the *Bosnian Serb forces* imposing economic sanctions on them for the crime of ethnic cleansing.⁵⁰

Of course, the NSAs that this chapter is dealing with as participants in non-international armed conflicts are not necessarily ITOs. Their acts, goals and methods define them. Thus, for example, the “Afghan faction known as the Taliban”, Boko Haram in Nigeria, or the Janjaweed militia in Sudan will at the same time be a party to the non-international armed conflicts in these countries, and listed by the UNSC in the Al-Qaida/ISIL Sanctions

DAVORIN LAPAŠ

l'Académie de droit international de la Haye, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 269, 1997, p. 128.

⁴⁶ See e.g. UNSC Resolution S/RES/1132 (8 October 1997), para. 5. See also Nowrot, Karsten, and Schabacker, Emily W., “The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone”, *American University International Law Review*, Washington D.C., vol. 14, 1998-1999, p. 357. In this context it is worth noting the decision of the European Union (EU) countries according to which the wife and son of Radovan Karadžić, former leader of the Bosnian Serbs, at that time indicted by the ICTY, were banned from entering all EU countries. Available at: <http://archives.tcm.ie/breakingnews/2003/07/01/story104537.asp>, accessed on 24 October 2007. Although the legal nature of such a decision is highly disputable, there is no doubt that the targets of those measures were individuals.

⁴⁷ For the UN sanctions in the case of Angola, see UNSC Resolutions S/RES/864 (15 September 1993), S/RES/1127 (28 August 1997) and S/RES/1173 (12 June 1998). For the sanctions against Liberia see UNSC Resolution S/RES/1343 (7 March 2001).

⁴⁸ See UNSC Resolution S/RES/792 (30 November 1992).

⁴⁹ See UNSC Resolution S/RES/940 (31 July 1994).

⁵⁰ See UNSC Resolutions S/RES/941 (23 September 1994); and S/RES/942 (23 September 1994).

List,⁵¹ while the “Bosnian Serbs” as a parastatal entity targeted by UN sanctions in 1994 for their policy of ethnic cleansing and grave breaches of IHL have never been considered to be an ITO. In other words, ITOs will be by definition NSAs, but not necessarily *vice versa*. Consequently, the term NSAs should be understood here in the broader meaning.

However, in the context of the “war against terrorism”⁵² it is perhaps most interesting to refer to the UN sanctions in the case of Afghanistan. In actual fact, the UNSC did not mention the state of Afghanistan in any of its resolutions. Formally, the target of these sanctions was the “Afghan faction known as the Taliban” as an ITO, as well as Al-Qaida, its members, primarily its leader Usama bin Laden and all persons connected with them.⁵³ What is more, in its resolution S/RES/1267(1999) the UNSC founded the Al-Qaida/Taliban Sanction Committee as a subsidiary organ with the function of implementing of these sanctions.

In addition, within the UN, the fight against terrorism went even further in the widening of addressees of international legal norms: in paragraph 9 of its resolution S/RES/1566(2004), the UNSC decided to establish a Working Group composed of all of the UNSC members, to consider and submit recommendations to the Council on practical measures to be imposed upon individuals, groups or entities involved in or associated with terrorist activities, other than those designated by the Al-Qaida/Taliban Sanctions Committee.⁵⁴

All the above examples prove not only the capacity of ITOs as non-state actors to break international legal norms, but also their international legal responsibility for internationally wrongful acts and particularly for inter-

⁵¹ See Consolidated United Nations Security Council Sanctions List, last updated on 4 March 2020. The list is available at: <https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/consolidated.xsl>, accessed on 9 January 2019.

⁵² Of course, the “War against terrorism” or the “War on Terror” is not an actual war from the legal standpoint. However, it does not exclude the applicability of IHL if it takes the form of an armed conflict (as in the case of Afghanistan or Iraq). Moreover, the UN Secretary General has confirmed the duty of the UN forces to observe IHL; see Observance by United Nations forces of international humanitarian law, Secretary-General Bulletin, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.

⁵³ See UNSC Resolutions S/RES/1267 (15 October 1999); and S/RES/1333 (19 December 2000).

⁵⁴ See UNSC Resolution S/RES/1566 (8 October 2004).

national crimes. In this context, it is worth noting that the UN differentiates between the individual responsibility of an ITO's members and the international responsibility of an ITO as a collective entity. For that reason, the UNSC Al-Qaida/ISIL Sanctions List consists of two sections: the first section listed the individuals (currently 709) who are involved in, or associated with, terrorist activities, while the other section currently contains 305 ITOs, "Entities and other groups".⁵⁵

This being so, the question of the possible international legal personality of ITOs, as well as the question of the legal nature of the "war against terrorism", becomes more important.

IV. "WAR AGAINST TERRORISM" VS. UNSC SANCTIONS?

On 14 January 2006, the world media reported on the United States military air strike on the Pakistani village of Damadola in the Bajaur tribal area of north-western Pakistan. At least 18 people were killed that day, including women and children, but the target of the air strike, Ayman al-Zawahiri, one of the leading members of Al-Qaida, was not among the dead. The Pakistani government protested, of course, but the United States response was that the airstrike was not directed against Pakistan, but against Al-Qaida.⁵⁶

Similarly, in April 2017 the United States dropped its most powerful non-nuclear bomb (the so-called "MOAB") on ISIS positions in Afghanistan, describing it as a "tactical move" directed against terrorists and not against the state of Afghanistan.⁵⁷

Such "separability" seems to bring us back to the medieval, pre-Westphalian international law where private wars between vassals of the same or different

⁵⁵ See Consolidated United Nations Security Council Sanctions List, *cit.*

⁵⁶ For more details see "U.S. airstrike targeting Ayman al-Zawahiri leaves 18 dead in Pakistani village", *Wikiwews*; available at: http://en.wikinews.org/wiki/18_killed_in_U.S._air_strike_on_village_in_Pakistan (accessed on 19 March 2006); see also "Pakistan protests air-strike", *CNN*; available in: <http://www.cnn.com/2006/WORLD/meast/01/14/alqaeda.strike/>, accessed on 20 March 2006.

⁵⁷ More details available in: <https://edition.cnn.com/2017/04/14/asia/afghanistan-isis-moab-bomb/index.html>, accessed on 22 October 2018.

feudal kingdoms had existed.⁵⁸ In that time, the concept of state sovereignty still belonged to the future. Today, the sovereign equality of all states, their territorial integrity and political independence has become the keystone of the contemporary international community and international law.⁵⁹

Certainly, it is not easy to reconcile this with the “war against terrorism”, which proclaiming the same values, involves the use of force founded on the mere auto-interpretation of a state, or a group of states, declaring that such a “war” will not end until “every terrorist group of global reaches has been found, stopped and defeated”.⁶⁰

International legal norms, particularly within the UN system, incriminate terrorism implying at the same time the direct international responsibility of terrorist organizations.⁶¹ However, these norms impose on states the duty to fight against terrorism and to deny safe haven to terrorists.⁶²

⁵⁸ Kotsch, Lothar, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genoa, Librairie E. Droz, 1956, p. 34.

⁵⁹ Thus, the Charter of the United Nations in article 2 states as follows: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members” (para. 1). “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state...” (para. 4).

⁶⁰ Thus, the then U.S. President George W. Bush in his address to the Congress and the American people on 20 September 2001 stated: “Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated”. Address to a Joint Session of Congress and the American People; Office of the Press Secretary, 20 September 2001, more details available in: www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html, accessed on 27 March 2006. What is more, President Bush talked about the “axis of evil” that included more than 60 states “supporting terrorism” all around the world. *Cfr.* Pellet, Alain, and Tzankov, Vladimir, “Can a State Victim of a Terror Act Have Recourse to Armed Force?” *Humanitäres Völkerrecht*, Berlin, DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, vol. 17, 2004, p. 71; Mégret, Frédéric, *op. cit.*, p. 384.

⁶¹ See *e.g.* UNSC Resolutions S/RES/1267 (15 October 1999), and S/RES/2178 (24 September 2014). See also the UNGA Resolutions: A/RES/3034(XXVII) (18 December 1972); A/RES/31/102 (15 December 1976); A/RES/32/147 (16 December 1978); A/RES/34/145 (17 December 1979); A/RES/36/109 (10 December 1981); A/RES/38/130 (19 December 1983); A/RES/40/61 (9 December 1985); A/RES/42/159 (7 December 1987); A/RES/44/29 (4 December 1989); A/RES/68/119 (16 December 2013); A/RES/69/127 (10 December 2014); A/RES/71/151 (13 December 2016); A/RES/74/194 (18 December 2019).

⁶² Thus, for example, the resolution of the UN Security Council 1624 provides: “[A]ll States must cooperate fully in the fight against terrorism, in accordance with their obliga-

Thus, some authors would say, the “war against terrorism” could be considered as part of transnational law where the strictly inter-state concept of *ius ad bellum* does not fit well with the changed international system where non-state, sub-state and super-state actors play an important role in international relations.⁶³ According to Müllerson:

Terrorist attacks have some characteristics which traditional armed attacks, as a rule, do not have: (i) attacks are usually carried out not by State’s armed forces but by non-State groups which may or may not have links with some States (except that terrorist groups have to operate on the territory of at least some States and this is one of the essential differences between piracy and terrorism, though in some respect they may be comparable); (ii) the identity of the attackers, their affiliation with other entities (including States) is usually not clear; (iii) means and methods used by terrorists are, by definition, contrary to international humanitarian law since they intentionally target non-combatants and attack prohibited objects.⁶⁴

Thus, although such a situation could lead us to an analogy with the old and familiar international crime of piracy, there is a significant difference: the activities of terrorist organizations could be described as politically motivated acts that take place on the territory of a state, and not on the high seas or in *terra nullius*. Sometimes such a state may be unable to stop these acts, but its territory will still necessarily become, at least indirectly, the “battlefield” in such a “war”.⁶⁵ Therefore, the legal argumentation for the “war against terrorism” usually goes in two directions: as a response to the so-called “indirect aggression”—understood as the control over the terrorists by that state, or as an attempt of recognition of direct international legal responsibility of those terrorist organizations for aggression.

tions under international law, in order to find, deny safe haven and bring to justice... any person who supports, facilitates, participates or attempts to participate in the financing, planning, preparation or commission of terrorist acts...”. UNSC Resolution S/RES/1624 (14 September 2005).

⁶³ Cfr. Mégret, Frédéric, *op. cit.*, p. 370; Müllerson, Rein A., “*Jus ad bellum* and International Terrorism”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Leiden-Brill, Nijhoff, vol. 32, 2002, pp. 15, 36 and 47.

⁶⁴ Müllerson, Rein A., *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵ Cfr. Mégret, Frédéric, *op. cit.*, p. 379; Müllerson, Rein A., *op. cit.*, pp. 31 and 32.

Of course, both argumentations try to stay within the framework of Article 51 of the UN Charter which proclaims the right of individual or collective self-defense. However, the provision of Article 51 recognizes the right of self-defense only in the context of an armed attack, meaning that international law is again faced with the problem of defining of an act of aggression.

The argumentation founded only on the concept of state responsibility holds the state from whose territory such a terrorist organization acts, or even the state which harbors terrorists, responsible for so-called “indirect aggression” as provided by the UN General Assembly (hereinafter: UNGA) resolution A/RES/3314(XXIX) of 14 December 1974 on the Definition of Aggression. Thus, according to Article 3, paragraph g of the Resolution, “the sending by or on behalf of a state of armed bands, groups, irregular or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State” is considered aggression as well. However, the concept of the attribution of those acts to the state as an “indirect aggressor” seems to have some deficiencies. Firstly, if a terrorist act represents an indirect aggression of the state where those terrorists have been situated, how to accept the “separability” of an attack on terrorists (like those in Pakistan and Afghanistan) from the attack on that state, and its consequences? Would there then be a real war against the state from whose territory such ITOs act? Following the attitude of the International Court of Justice in the well-known “Nicaragua Case” of 1986, the acts of these non-state actors could have been imputable to the state provided that there was an effective control by that state over them.⁶⁶ Later, the practice of the ICTY in the “Tadić Case” raised the standard of attribution of NSA

⁶⁶ See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, para. 115. In the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo*, the Court confirmed the restrictive approach to the “effective control test” considering that the ADF’s attacks “did not emanate from armed bands or irregulars sent by the DRC or on behalf of the DRC, within the sense of article 3 (g) of General Assembly Resolution 3314 (XXIX) on the definition of aggression... [T]he Court is of the view that, on the evidence before it, even if this series of deplorable attacks could be regarded as cumulative in character, they still remained non-attributable to the DRC. For all these reasons, the Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defense by Uganda against the DRC were not present Armed Activities on the Territory of the Congo.” *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, paras. 146 and 147.

acts to the states by introducing the “overall control” test.⁶⁷ However, it has to be acknowledged that in the case of terrorist organizations and their international networks today sometimes neither effective nor overall control exist. On the other hand, even if such attribution existed, it should not simply be left to the auto-interpretation of a (stronger) state as the *iudex in causa sua*, but it should be submitted to the inquiry of an impartial international body, such as the UNSC, since the reaction obviously can include the use of armed force. In that case, as a general principle of law, the burden of proof (*onus probandi*) should be upon the accusing state.⁶⁸ In fact, even the provision of article 51 of the UN Charter confers the final authority over self-defense (at least *post factum*) on the UNSC. Understood this way, the mere tolerance of the presence of terrorists on the territory of a state, and even the rejection of their extradition, could hardly be qualified as “indirect aggression”, and even less as a reason for the application of self-defense as provided in article 51 of the UN Charter.⁶⁹

On the other hand, the argumentation that leads to the direct, and even to the sole responsibility of ITOs for aggression also has its weaknesses. The authors who accept this argumentation propound consequently the broadening of self-defense in international law as a reaction even to an attack committed by a non-state actor.⁷⁰ In this regard, it has to be acknowledged that ITOs today can be understood as an international threat, in the first place concerning the proliferation of weapons of mass destruction, particularly taking into account their international networks.⁷¹ The above-mentioned definition of aggression was created during the “cold war” when the world was divided by the “iron curtain” that followed the state borders. In that time, terrorists were usually no more than an instrument of the

⁶⁷ Thus, according to the ICTY, “[...] [F]or the attribution to a State of acts of these groups it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of that State”. ICTY, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999, para. 120.

⁶⁸ *Cfr.* Mégret, Frédéric, *op. cit.*, p. 381. On the contrary, before the US strike on Afghanistan, the US Ambassador to the UN merely notified the Organization that it had compelling information that the Al-Qaida organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, had a central role in the attacks of September 11.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 383.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 16; Brown, Davis, *op. cit.*, pp. 19-32.

⁷¹ See *e.g.* the UNSC Resolutions S/RES/1373 (28 September 2001), para. 3 a; and S/RES/1624 (14 September 2005).

state policy, supported by one of the opposed superpowers. In contrast, we are today faced with worldwide-organized terrorist networks that extend beyond state borders.

However, we agree with authors like Pellet and Tzankov who do not accept such a broad interpretation of aggression. After the fall of the Berlin Wall, terrorism has often qualified as a threat to international peace and security in the sense of article 39 of the UN Charter, which enables the employment of the measures provided in Chapter VII of the Charter; *i.e.* economic and diplomatic sanctions as well as the measures involving the use of armed force.⁷² Thus, some states, (*e.g.* Libya, Sudan, and Afghanistan) have been targeted by those measures as being responsible for supporting or harboring terrorists, but the United Nations has never qualified terrorist acts as aggression.

Since article 51 of the Charter puts self-defense explicitly in the context of aggression, there is no legal possibility to qualify the “war against terrorism” as self-defense.⁷³ Of course, as Enabulele rightly remarked: “In consequence, states are finding incentives and justifications to use force *outside the domain of law*, when their legitimate interests are threatened by armed attack, particularly from non-state actors, which equally operate outside the domain of law” [emphasis added].⁷⁴ But, does this allow states to behave in the same way? Although we can agree with Müllerson that: “Fighting terrorism or waging a war against terrorism (which in any case is a non-legal concept) goes far beyond *jus ad bellum*...”,⁷⁵ we cannot agree that it goes “far beyond *jus in bello*”.⁷⁶ Neither do we share the opinion in

⁷² Article 39 of the UN Charter states as follows: “The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security”.

⁷³ Pellet, Alain and Tzankov, Vladimir, *op. cit.*, pp. 68 and 69. While the english version of article 51 confusedly mentions “an armed attack”, the french version is much more clear using the term “*agression armée*”.

⁷⁴ Enabulele, Amos O., ., “Use of Force by International/Regional Non-State Actors: No Armed Attack, No Self-Defense”, *European Journal of Law Reform*, Utrecht, vol. 12, issue 3-4, 2010, p. 227.

⁷⁵ Müllerson, Rein A., “Legal Regulation of the Use of Force: The Failure of Normative Positivism”, in Borch, Fred L. and Wilson, Paul S., (eds.), *International Law Studies*, Newport-Rhode Island, Naval War College, vol. 79, 2003, p. 123.

⁷⁶ *Idem*.

favor of the emerging new (customary) international law on self-defense, derogating a *jus cogens* norm of article 2(4) of the UN Charter.⁷⁷ Even though, as Hakimi states, “the global reaction to the defensive operation against the Islamic State has been positive”⁷⁸ and “[A]ccording to the United States, more than forty countries have helped fight the Islamic State in Iraq or Syria”,⁷⁹ this argument does not suffice to prove the derogation of the existing “inter-state «armed attack—self-defense» paradigm”.⁸⁰ Bearing in mind not only the provision of article 103 of the UN Charter, but also the disputable *opinio iuris* of these allegedly forty states (out of 193 UN member states), it could equally speak in favor of the need for a more efficient application of article 39 of the UN Charter and the UNSC role according to Chapter VII, instead of the misuse of the self-defense arguments. Therefore, it seems that such a broadening of the definition of aggression has no support in the United Nations. After all, in the most important UNSC resolution related to the problem of terrorism (S/RES/1373[2001]) it has been qualified as a threat to international peace and security, which does not authorize states to use armed force unilaterally, *i.e.* without previous authorization by the UNSC. On the contrary, such UNSC authorization according to article 51 would not be needed in the case of self-defense.⁸¹ In that case, the responsibility of ITOs lies in the committing of the crime of terrorism as a threat to international peace and security and not the crime of aggression, although the reaction of the UN according to Chapter VII of the Charter can be the same.

Therefore, we would accept the traditional view, starting rather from the notion of aggression, than from self-defense as its consequence. The

⁷⁷ For such argumentation, see Hakimi, Monica, “Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play”, *International Law Studies*, Newport, Rhode Island, Naval War College Press, vol. 91, issue 1, 2015, p. 30.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Cfr.* Müllerson, Rein A., *op. cit.*, p. 123.

⁸¹ Pellet, Alain and Tzankov, Vladimir, *op. cit.*, p. 70. According to article 51 of the Charter the right to individual or collective self-defense is an “inherent right”. Therefore, its realization should not depend on any previous authorization of the Security Council, or of any other international body. On the contrary, such a right should be activated automatically in the case of aggression, *i.e.* when “an armed attack occurs”. According to the Charter, only the duration of self-defense is provided alternatively: by the end of aggression, or by taking measures of the Security Council to maintain international peace and security.

aggression is the act of war, and war begins with it. Therefore, at least in classic international law the intention of warfare (*animus belligerendi*) was required.⁸² In addition, war means the *state of war*, which is usually understood as the continuity of war operations. On the contrary, terrorist acts, in spite of their serious consequences, are sporadic acts of violence. Consequently, instead of *animus belligerendi*, they are characterized by the intention to provoke terror (*animus terrendi*) in order to achieve certain (political) goals.⁸³ Of course, if an ITO, like any other NSA, is a party to non-international armed conflict, the IHL applies “from the initiation of such conflict and extends beyond the cessation of hostilities”. This has been clearly confirmed by the ICTY in the “Tadić Case”.⁸⁴ Thus, ITOs and/or their members could be equally responsible for grave breaches of IHL and for the crime of terrorism. However, even Protocol II to the Geneva Conventions in its article 1, paragraph 2 provides that it shall not apply to “isolated and sporadic acts of violence and other acts of similar nature”, which terrorist activities usually are. For these reasons, terrorist acts should the more so be differentiated from aggression as an act of war. After all, even the aforementioned Resolution on the Definition of Aggression in its article 1 clearly states: “Aggression is the use of armed force by a State...”⁸⁵ [em-

⁸² Cfr. Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 14.

⁸³ The UNGA in its Resolution A/RES/55/158 (30 January 2001) defined terrorism as “criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes...”. See also the definition given by Guillaume: “[L]e terrorisme implique l’usage de la violence dans des conditions de nature à porter atteinte à la vie des personnes ou à leur intégrité physique dans le cadre d’une entreprise ayant pour but de provoquer la terreur en vue de parvenir à certains fins”. Guillaume, Gilbert, “Terrorisme et droit international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 215, issue III, 1989, p. 306.

⁸⁴ ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a Dule, Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, 2 October 1995, para. 70.

⁸⁵ The same definition of aggression was confirmed by the International Court of Justice, as a part of customary international law: “This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314(XXIX), may be taken to reflect customary international law”. See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, para. 195.

phasis added], which ITOs are certainly not. Therefore, the so-called “war against terrorism” could not be considered as a war in the legal meaning.

However, sometimes the UNSC has found individuals, terrorist organizations, and even states to be equally responsible for terrorism. Thus, as mentioned above, several states were targeted in the 1990s by UN sanctions: *e.g.* Libya (S/RES/748[1992] and S/RES/883[1993]); Sudan (S/RES/1054[1996] and S/RES/1070[1996]); and Afghanistan, or more precisely, “the Afghan faction known as the Taliban” (S/RES/1267[1999] and S/RES/1333[2000]).⁸⁶ Viewed from within, these resolutions activated some kind of parallel direct responsibility of the state, as well as of the individuals or ITOs as non-state actors (*e.g.* Al-Qaida) employing sanctions against them, such as denying entry to the UN member states, expelling Libyan nationals considered to be involved in terrorist activities (S/RES/748[1992], para. 6c); freezing funds and other financial assets of Usama bin Laden and individuals and entities associated with him, including those in the Al-Qaida organization, and including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by Usama bin Laden and individuals and entities associated with him (S/RES/1333[2000], para. 8c).

In this context, it is worth mentioning the condemnation of “the Afghan faction known as the Taliban” that can be found in the UNSC resolution S/RES/1390(2002), for allowing Afghanistan territory to be used as a base

Equally, the Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression in its article 8 bis, para. 2 state as follows: “...«[A]ct of aggression» means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations.” Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court, Resolution RC/Res.6 of the Review Conference of the Rome Statute, Kampala, 11 June 2010; C.N.651.2010.TREATIES-8 (Depositary Notification).

⁸⁶ Those sanctions are provided in Chapter VII, art. 41 and 42 of the UN Charter. Article 41 states as follows: “The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relation and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communications, and the severance of diplomatic relations”. Article 42 of the Charter states: “Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea or land forces of Members of the United Nations”.

for terrorist training and activities, including the “export of terrorism” by the Al-Qaida network and other terrorist groups as well as for using foreign mercenaries in hostile actions on the territory of Afghanistan. Bearing in mind that the Taliban were acting at that time as the *de facto* government of Afghanistan —parallel direct responsibility of terrorist organizations (like Al-Qaida) and the state harboring and supporting them cannot be neglected.

On the other hand, sometimes such responsibility of a state will be activated by the mere fact of refusal by that state to apply the UNSC measures against the ITO acting from within its territory. Thus, it seems that the question of direct international legal responsibility of ITOs, and consequently the question of their international personality are no longer only theoretical. There are in fact some very practical implications.

Firstly, the international personality of ITOs could be a consequence of existing international legal norms that make them directly responsible for the terrorism incriminated by international law.⁸⁷ Bearing in mind that subjects of international law have never really been created by international law doctrine, but rather by the reality of social relations in the international community, it should be emphasized that legal personality has never been only a privilege, but has always included legal duties and responsibility for the breach thereof. By the recognition of terrorist organizations as directly responsible for the crime of terrorism, the international community not only identified the real culprits for such crimes, but also implicitly confirmed their pre-existing legal duty as an element of legal capacity. Although thereby not exculpating states, there is no doubt that at the same time such an approach is going to diminish the possibility of the protection of terrorists by “their” states. Just like pirates, or individuals who committed war crimes, crimes against humanity, or the crime of genocide, terrorists are today considered directly responsible according to international law, without the legal possibility for any state to protect them.

Starting from the above-mentioned UNSC resolution S/RES/1373(2001), the normative development within the UN legal system cannot be neglected. Thus, there are various measures provided by these norms, whose implementation and coordination are entrusted to the UNSC Committee established by the same resolution. However, it is worth noting that this resolution is concentrated on the direct international responsibility of terror-

⁸⁷ *Cfr.* Cheng, Bin, *op. cit.* See also *supra* note 61.

ists, determining measures against them that all the UN member states are obliged to apply.⁸⁸ In any case, there is no doubt that these measures target ITOs directly as the subjects responsible according to these international legal norms. Although only the UN member states are formally bound by the wording of the UNSC resolutions, the real target of its sanctions are ITOs. Understood this way, the UNSC has just delegated the application of these sanctions to the UN member states (based on Article 24 of the Charter), in the same way as the UN in some of its previous resolutions used to require other IGOs and even NGOs to apply UN sanctions.⁸⁹

Furthermore, even in the case of parallel international responsibility of a state and a terrorist organization, as well as in cases where a state would not really be able to counter terrorists in its territory, the above-mentioned possibility of the UNSC to qualify terrorism as a “threat to the peace” according to article 39 of the UN Charter, would empower the United Nations to take measures involving the use of armed force in order to eliminate such a threat. After all, bearing in mind that, for example, the UNSC in its resolution S/RES/940(1994) qualified the military junta in Haiti as a

⁸⁸ Thus, according to the UNSC Resolution S/RES/1373 (28 September 2001) “[A]ll States shall: (a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts; (b) Criminalize the willful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts; (c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities; (d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons”, etc.

⁸⁹ See *e.g.* UNGA Resolution A/RES/2144(XXI), 26 October 1966, para. 7. Similarly, the UNSC in its Resolution S/RES/757 (30 May 1992) delegated the application of its sanctions indirectly even to the International Olympic Committee as an NGO, preventing the participation of persons or groups representing the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) in sporting events, (including the Olympic Games) on the territory of any UN member State (para. 8b).

threat to international peace and security, approving the use of armed force to overthrow it, it seems to us that there should be no reason why the same measures would not be taken, as a last resort, against ITOs, *i.e.* to counter terrorism as an undoubtedly much more serious threat to international peace and security. Of course, those measures should be targeted directly against terrorists, and in order to help the state which is unable to defeat terrorists acting from its territory.

Based on such an understanding, the idea of “separability” as mentioned above, could seem reasonable, but only in the context of the collective reaction provided by the international legal norms (*e.g.* Art. 42 of the UN Charter), and not as a “private war” in the form of voluntary unilateral use of force based on the auto-interpretation. Therefore, the UNGA in its recent resolution A/RES/74/194 of 18 December 2019, explicitly “reaffirms that international cooperation as well as actions by States to combat terrorism should be conducted in conformity with the principles of the Charter, international law and relevant international conventions” (para. 13). Thus, the mechanism provided by Chapter VII of the UN Charter against terrorism as a “threat to the peace”, seems to be the only permissible form of the use of force against terrorism and consequently against terrorist organizations.

However, the first decades of the 21st century, especially in the aftermath of the so-called “Arab Spring” have presented international law with some of the most serious forms of international terrorism not only as a threat to international peace and security, but also as organized, systematic and widespread violations of fundamental human rights. The contemporary international community is witnessing the appearance of the ramified networks of terrorist organizations such as Al-Qaida, Al-Nusrah Front (ANF), or ISIL and other terrorist non-state actors whose activities range from sub-Saharan Africa to Pakistan and Indonesia. In March 2020, 305 terrorist ITOs —entities and other groups— were included in the “United Nations Security Council Sanctions List”, acting in Tunisia, Mali, Albania, Afghanistan, Ethiopia, Bangladesh, Comoros, Pakistan, Indonesia, Somalia, Kenya, Tanzania, the Arabian Peninsula, Libya, Sudan, Egypt, Caucasus, Uzbekistan and Bosnia and Herzegovina.⁹⁰ According to Margulies and Sin-

⁹⁰ See Consolidated United Nations Security Council Sanctions List. The list was first established by the UNSC Resolution S/RES/1267 (15 October 1999).

not, in many of these countries Al-Qaida displays a mix of organizational forms in its relationships with affiliated groups, while its core remains in Pakistan.⁹¹ Among these groups there are, for example, Al-Qaida in the Arabian Peninsula (AQAP) which operates primarily in Yemen, Al-Qaida of the Islamic Maghreb (AQIM), Al-Shabaab in Somalia, Jabhat al Nusra and ISIS in Syria, Boko Haram in Nigeria, Gama al-Islamiya in Egypt, etc.⁹² Hence, it comes as no surprise that the UNSC sanctions against terrorism in the 21st century have changed their targets. Instead of states, they now directly target ITOs. The terrorist activities of these organizations nowadays affect the fundamental human rights of the third states' population as much as the same rights of the population of their "host state". Thereby, the reaction against terrorism could approach the classical "Responsibility to Protect" (so-called "RtoP") concept, *i.e.* its "pillar three"- "timely and decisive response".⁹³ Therefore, trans-border terrorist activities of these ITOs have found their place not only in the UNSC resolutions,⁹⁴ but also within the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC).⁹⁵ Thus, for example, Amnesty International has estimated that Boko Haram's attacks in early 2014 alone killed more than 700 people, mostly civilians.⁹⁶ However, there are numerous examples of comparable suffering of the civilian population caused by similar terrorist attacks by ITOs operating from the territory of another state "manifestly failing" to stop them. Such organized and repeated terrorist activities against the civilian population have often been described in international law literature, such as those of Hamas or Hezbollah acting from Lebanon and Syria against Israel,⁹⁷ Kurdish PKK acting

⁹¹ Margulies, Peter and Sinnot, Matthew, "Crossing Borders to Target Al-Qaeda and Its Affiliates: Defining Networks as Organized Armed Groups in Non-International Armed Conflicts", *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, Asser Press, vol. 16, 2015, p. 332.

⁹² *Ibidem*, pp. 333 and 334.

⁹³ The basic document on the so-called RtoP concept see ICISS Report, available at: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, accessed on 21 February 2019.

⁹⁴ See *e.g.* UNSC Resolution S/RES/2178 (24 September 2014).

⁹⁵ See *e.g.* International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Situation in Mali, Article 53(1) Report, 16 January 2013.

⁹⁶ Margulies, Peter and Sinnot, Matthew, *op. cit.*, p. 338.

⁹⁷ In July 2006 Hezbollah fired a series of "Katyusha" rockets and mortars from Lebanon at the Israeli border villages; see Zimmermann, Andreas, "The Second Lebanon War: *Jus ad bellum, jus in bello* and the Issue of Proportionality", *Max Planck Yearbook of UN Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 11, 2007, p. 104. Also, according to Byman, from

from Iraq against Turkey,⁹⁸ Mujahedin-e Khalk Organization (MKO) acting from Iraqi territory against Iran,⁹⁹ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) from Ecuadorian territory against Colombia,¹⁰⁰ the Union of Islamic Courts from Somalia against Ethiopia,¹⁰¹ and not to mention Al-Qaida and ISIL terrorist activities all over the world. According to Ruys, even Australia claimed a right to unilateral use of force extraterritorially against terrorists threatening to attack Australia or its citizens following the Bali bombings of October 2002.¹⁰²

The emergence of trans-border terrorist attacks by ITOs from the territory of another state “manifestly failing” to stop them has not only raised the question of the “responsibility to react” in the context of “war against terrorism”, but also in terms of the RtoP concept which, regrettably, omitted to include terrorism among the four international crimes it deals with (genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity),¹⁰³ leaving us again with the problem of the inefficiency of contemporary international law. However, trans-border terrorist activities are usually a course of con-

2000 to 2009 there were over 5000 rocket attacks by Hamas from Gaza to the Israeli territory; Byman, Daniel, “How to Handle Hamas. The Perils of Ignoring Gaza’s Leadership”, *Foreign Affairs*, New York, vol. 89, 2010, p. 47.

⁹⁸ According to Ruys, in the period 2004-2007 PKK violence intensified rapidly, claiming over 1500 lives; see Ruys, Tom, “Quo Vadit Jus ad Bellum? A Legal Analysis of Turkey’s Military Operations against the PKK in Northern Iraq”, *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, vol. 9, 2008, p. 337. See also Tams, Christian J., “The Use of Force against Terrorists”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 20, 2009, p. 379. However, for a different view, see Khdir, Rebaz, “The Right to Self-Defence in International Law as a Justification for Crossing Borders: The Turkey-PKK Case within the Borders of Iraq”, *Russian Law Journal*, Moscow, vol. IV, 2016, pp. 63-78.

⁹⁹ Tams, Christian J., *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁰ See Walsh, Frank M., “Rethinking the Legality of Colombia’s Attack on the FARC in Ecuador: A New Paradigm for Balancing Territorial Integrity, Self-Defense and the Duties of Sovereignty”, *Pace International Law Review*, White Plains NY, Pace University School of Law, vol. 21, 2009, p. 147.

¹⁰¹ See Yihdego, Zeray W., “Ethiopia’s Military Action against the Union of Islamic Courts and Others in Somalia: Some Legal Implications”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 56, 2007, pp. 666-676.

¹⁰² Ruys, Tom, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰³ An overview of the UN documents on RtoP from 2005-2014, Core Documents: Understanding RtoP. Available at: <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/about-rtop/core-rtop-documents>, accessed on 20 September 2018.

duct involving the multiple commissions of widespread and systematic attacks directed against the civilian population, which highly corresponds to the definition of crimes against humanity (CAH) according to the 2016 ILC Draft articles on CAH,¹⁰⁴ as one of the crimes covered by the RtoP concept which, if focused on the direct international responsibility of ITOs, could turn the “war against terrorism” from voluntary unilateral use of force into the legal collective action as provided by the UN Charter.¹⁰⁵

On the other hand, international criminal law and particularly the mandate of the international criminal tribunals and mixed courts could become an important means for ensuring the accountability of non-state actors including ITOs. Of course, at the present stage of development of international criminal law it would be an exaggeration to speak of the direct criminal responsibility of ITOs, or NSAs in general as collective entities, particularly bearing in mind that the concept of the criminal responsibility of legal entities (*personae iuridicae*) even in municipal legal systems is not still universally accepted. However, the prosecutions of their mem-

DAVORIN LAPAŠ

¹⁰⁴ According to article 3 of the ILC Draft articles on Crimes against Humanity, the definition of CAH reads as follows: “For the purpose of the present draft articles, «crime against humanity» means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack,” including “murder” (para. 1a), but also “other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” (para. 1h). “For the purpose of paragraph 1: «Attack directed against any civilian population means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack»”. Report of the International Law Commission Sixty-eighth session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016), General Assembly Official Records Seventy-first session Supplement No. 10 (A/71/10), Chapter VII, pp. 241-280; the text is available at: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSSRAC, accessed on 24 February 2019.

¹⁰⁵ Thus, one of the recent Reports of the UN Secretary-General of 2016 named “Mobilizing collective action: the next decade of the responsibility to protect” confirms “...that the existing collective security provisions of the United Nations Charter, in which the Security Council exercises specific powers and responsibilities, should govern any decision to use military means to protect populations from atrocity crimes”. See Mobilizing collective action: the next decade of the responsibility to protect, A/70/999-S/2016/620 (22 July 2016) para. 22, p. 7. Similarly, the Report of the UN Secretary-General of 2017 named “Implementing the Responsibility to Protect: Accountability for Prevention” in its paragraph 29 clearly states: “The Security Council has a specific responsibility to take timely and decisive action to protect populations by preventing atrocity crimes”. See Implementing the Responsibility to Protect: Accountability for Prevention, A/71/1016 –S/2017/556 (10 August 2017) para. 29, p. 11.

bers based on the individual criminal responsibility for serious breaches of international law committed as members or officials of such NSAs/ITOs could lead in that direction. Examples are the prosecutions of the members of various NSAs like the RUF members before the Sierra Leone Special Court, as well as the investigations and procedures before the International Criminal Court (ICC) concerning the conduct of the Lord's Resistance Army (LRA) members in Uganda,¹⁰⁶ the *Union des Patriotes Congolais* (UPC) and the non-state armed group *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC) in the Democratic Republic of Congo, or the Janjaweed militia in Sudan. Unfortunately, the crime of terrorism, in spite of its omnipresence in political statements and the UN documents including the UNSC sanction resolutions, has never been universally defined in international law, nor has it been included in the ICC Statute so far. However, some authors mentioned the possibility of extending the jurisdiction of the ICC to the crime of terrorism as a crime against humanity.¹⁰⁷

At the same time, following a series of terrorist killings and bombings in Lebanon, on 13 December 2005 the lebanese government requested that the UN create a tribunal of an "international character" to try all those responsible for the 2005 attack. The UNSC responded to Lebanon's request by adopting resolution S/RES/1644(2005) of 15 December 2005 by which it requested the Secretary-General to help the Lebanese government to identify the assistance needed to try those eventually charged with perpetrating the attack. On 29 March 2006, through its resolution S/RES/1664(2006), the UNSC requested the United Nations Secretary-General to consult with the Lebanese government on the establishment of an international tribunal to try those responsible for the 14 February 2005 attack. Consequently, the Agreement between the United Nations and the

¹⁰⁶ Available at: www.irct.org/Files//Filer/IPIP/training/Torture_by_Non-State_Actors-Primer.pdf, accessed on 10 February 2019.

¹⁰⁷ See e.g. Sailer, Todd M., "The International Criminal Court: An Argument to Extend Its Jurisdiction to Terrorism and a Dismissal of U.S. Objections", *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, Temple University James E. Beasley School of Law, vol. 13, 1999, p. 319; Byers, Michael, "Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September", *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 51, issue 2, 2002, p. 413; Fry, James D., "Terrorism as a Crime against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Los Angeles, vol. 7, issue 1, 2002, pp. 190-192.

Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon (STL) was concluded.¹⁰⁸ Although the tribunal's jurisdiction is limited to the individual criminal responsibility, it is worth noting that according to articles 2 and 3 of its Statute the prosecution and punishment of acts of terrorism even included cases where such acts were committed by a "group of persons acting with a common purpose, where such contribution is intentional and is either made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or in the knowledge of the intention of the group to commit the crime" (art. 3[1][b]).¹⁰⁹ Such a legal solution could easily encompass ITOs, leading through the influence on the development of customary international law to their direct international criminal responsibility at other international *fora*, perhaps one day including the ICC.

V. CONCLUDING REMARKS

There is no doubt that international legal personality is an extremely dynamic category. The doctrine of international law is making efforts to sort out the elements of international legal personality in order to create a clear definition, but in fact, the doctrine just follows social processes in the international community and their legal regulation. In that sense, the international law doctrine does not differ very much from the natural sciences, its task being to describe, systematize and understand the world around it. Understood this way, it seems clear that it is not the doctrine that opens the door of international legal personality for a particular entity, but its presence, or rather its inevitability in international relations that became so intensive that the legal regulation of those relations can no longer neglect it. Bearing in mind that only the addressee of a legal norm can be capable of breaking it and thus becoming the target of the sanction, the conclusion seems inevitable: such ITOs as addressees of these international legal norms could be considered as being empowered by international legal capacity. Consequently, it seems

¹⁰⁸ See UNSC Resolution S/RES/1757 (30 May 2007), Annex.

¹⁰⁹ The text of the Statute of the Special Tribunal for Lebanon is available at: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>, accessed on 23 October 2018.

that they deserve to be considered as legally present in the contemporary international community, *i.e.* as participants in international legal relations possessing some kind of international legal personality.

Of course, the legal presence does not necessarily have to be something “good”, neither does the legal personality in general have to be a privilege. Legal personality is a neutral category which means no more than legal existence. After all, the existence itself is neutral by nature; it is neither good nor bad. Therefore, it is up to the legal system to regulate social relations in order to achieve the coexistence of their participants, imposing on them rights and duties which they can respect or violate.

International terrorism is a sad circumstance under which a new international legal person comes into being. And neither the international community, nor its legal order is a perfect world. Even so, we believe that international law is not an isolated system, but is founded on the general legal theory and as such the concept of legal personality in international law is determined by the aforementioned element of legal capacity, as much as is the case in any legal order. Still, the dynamics of social processes in the international community is inevitable, and the contemporary concept of international legal personality seems to be faced with the evolution of the international community and its law.

However, in this process, instead of attempts to subsume the emerging international persons in newly-coined concepts such as “transnational legal personality” or the “war against terrorism”, it seems far better to use the legal concepts that already exist. The concept of international legal personality, as well as international law in general, is subject to the development of international relations, since the law is never an aim in itself. To follow such development, however, does not mean to abandon the existing frameworks of the system, but on the contrary, to fill them with new substance.

VI. REFERENCES

BARBERIS, Julio A., “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 179, issue I, 1983.

- BEREZOWSKI, Cezary, “Les problèmes de la subjectivité internationale”, in IBLER, Vladimir (ed.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968.
- BROWN, Davis, “Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and other Responses”, *Cardozo Journal of International Law*, New York, vol. 11, issue 1, 2003.
- BRÜCK, Otto, *Les sanctions en droit international public*, Paris, Pedone, 1933.
- BYERS, Michael, “Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 51, issue 2, 2002.
- BYMAN, Daniel, “How to Handle Hamas. The Perils of Ignoring Gaza’s Leadership”, *Foreign Affairs*, New York, vol. 89, 2010.
- CAFLISCH, Lucius *et al.* (eds.), *Les sujets du droit international*, vol. 3, Genoa, Librairie E. Droz, 1973.
- CAPOTORTI, Francesco, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 248, issue IV, 1994.
- CHENG, Bin, “Introduction”, in BEDJAOUI, Mohammed (ed.), *Droit international, Bilan et perspectives*, vol. 1, Paris, Pedone-UNESCO, 1991.
- DAMROSCH, Lori F., “Enforcing International Law through Non-Forcible Measures”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 269, 1997.
- DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- ENABULELE, Amos O., “Use of Force by International/Regional Non-State Actors: No Armed Attack, No Self-Defense”, *European Journal of Law Reform*, Utrecht, vol. 12, issue 3-4, 2010.
- EUSTATHIADES, Constantin T., “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 84, issue III, 1953.
- FELDMAN, David I., “International Personality”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 191, issue II, 1985.
- FORTIN, Katharine, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- FRY, James D., “Terrorism as a Crime against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Los Angeles, vol. 7, issue 1, 2002.

- GILL, Terry D., “Just War Doctrine in Modern Context”, in GILL, Terry D. and HEERE, Wybo P. (eds.), *Reflections on Principles and Practice of International Law*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- GUILLAUME, Gilbert, “Terrorisme et droit international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 215, issue III, 1989.
- HIGGINS, Rosalyn, “Conceptual Thinking About the Individual in International Law”, in FALK, Richard *et al.* (eds.), *International Law. A Contemporary Perspective*, Boulder, Westview Press, 1985.
- JENNINGS, Robert and WATTS, Sir Arthur (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., vol. 1, London, Longman, 1995.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1945.
- KHDIR, Rebaz, “The Right to Self-Defence in International Law as a Justification for Crossing Borders: The Turkey-PKK Case within the Borders of Iraq”, *Russian Law Journal*, Moscow, vol. IV, 2016.
- KOTZSCH, Lothar, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genoa, Libreria E. Droz, 1956.
- LAPAŠ, Davorin, “Diplomatic Privileges and Immunities for IGO-Like Entities: A Step Towards a New Diplomatic Law?”, *International Organizations Law Review*, Leiden, vol. 16, issue 2, 2019.
- LEVI, Werner, *Contemporary International Law: A Concise Introduction*, Boulder, Westview Press, 1979.
- MARGULIES, Peter and SINNOT, Matthew, “Crossing Borders to Target Al-Qaeda and Its Affiliates: Defining Networks as Organized Armed Groups in Non-International Armed Conflicts”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, Asser Press, vol. 16, 2015.
- MCDUGAL, Myres S., “International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception” *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 82, issue I, 1953.
- MÉGRET, Frédéric, “«War»? Legal Semantics and the Move to Violence”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 13, issue 2, 2002.
- MOSLER, Hermann, “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public”, in BAUGNIET, Jean (ed.), *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964.

- MOSLER, Hermann, "Subjects of International Law", in BERNHARDT, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1984.
- MUGERWA, Nkambo, "Subjects of International Law", in SØRENSEN, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, London-Melbourne-Toronto-New York, MacMillan-St. Martin's Press, 1968.
- MÜLLERSON, Rein A., "Jus ad bellum and International Terrorism", *Israel Yearbook on Human Rights*, Leiden-Brill, Nijhoff, vol. 32, 2002.
- MÜLLERSON, Rein A., "Legal Regulation of the Use of Force: The Failure of Normative Positivism", in BORCH, Fred L. and WILSON, Paul S., (eds.), *International Law Studies*, Newport-Rhode Island, Naval War College, vol. 79, 2003.
- NIJMAN, Janne E., *The Concept of International Legal Personality. An Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004.
- NOWROT, Karsten and SCHABACKER, Emily W., "The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone", *American University International Law Review*, Washington D.C., vol. 14, 1998-1999.
- PELLET, Alain and TZANKOV, Vladimir, "Can a State Victim of a Terror Act Have Recourse to Armed Force?" *Humanitäres Völkerrecht*, Berlin, DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, vol. 17, 2004.
- PORTMANN, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- QUADRI, Rolando, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 113, issue III, 1964.
- REUTER, Paul, *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
- RUYS, Tom, "Quo Vadit Jus ad Bellum? A Legal Analysis of Turkey's Military Operations against the PKK in Northern Iraq", *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, vol. 9, 2008.
- SAILER, Todd M., "The International Criminal Court: An Argument to Extend Its Jurisdiction to Terrorism and a Dismissal of U.S. Objections", *Temple International and Comparative Law Journal*, Philadelphia, Temple University James E. Beasley School of Law, vol. 13, 1999.
- SCELLE, Georges, *Cours de droit international public*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1948.

- SHAW, Malcom N., *International Law*, 8th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- SINGH, Nagendra, “The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as it Developed in Ancient India”, in BOS, Maarten and BROWNLIE, Ian (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- SIU, Tchoan-Pao, *Le droit des gens et la Chine antique*, Paris, Jouve & Cie Éditeurs, 1926.
- TAGHI KAROUBI, Mohammad, *Just or Unjust War? International Law and Unilateral Use of Armed Force by States at the Turn of the 20th Century*, Hants-Burlington, Ashgate, 2004.
- TAMS, Christian J., “The Use of Force against Terrorists”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 20, 2009.
- TOMUSCHAT, Christian, “General Course of Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 281, 1999.
- TUNKIN, Grigoriĭ I. (ed.), *International Law*, Moscow, Progress Publishers, 1986.
- VON LISZT, Franz, *Das Völkerrecht—systematisch dargestellt*, Berlin, Verlag von O. Haering, 1902.
- VUKAS, Budislav, “States, Peoples and Minorities”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 231, issue VI, 1991.
- WALSH, Frank M., “Rethinking the Legality of Colombia’s Attack on the FARC in Ecuador: A New Paradigm for Balancing Territorial Integrity, Self-Defense and the Duties of Sovereignty”, *Pace International Law Review*, White Plains NY, Pace University School of Law, vol. 21, 2009.
- WALTER, Christian, “Subjects of International Law”, in WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- YIHDEGO, Zeray W., “Ethiopia’s Military Action against the Union of Islamic Courts and Others in Somalia: Some Legal Implications”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 56, 2007.
- ZIMMERMANN, Andreas, “The Second Lebanon War: *Jus ad bellum*, *jus in bello* and the Issue of Proportionality”, *Max Planck Yearbook of UN Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 11, 2007.

Requirement of *Mens Rea* for War Crimes in the Light of the Development of Autonomous Weapons Systems

*El requisito de mens rea para crímenes de guerra
a la luz del desarrollo de sistemas
de armas autónomos*

*La mens rea comme condition des crimes de guerre
a la lumière du développement des systèmes
d'armes autonomes*

Xavier J. Ramírez García de León*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Mens Rea for War Crimes under the Statute of the International Criminal Court*. III. *Command Responsibility*. IV. *New Armament and War Crimes*. V. *Other Options*. VI. *Conclusion*. VII. *One Last Comment*. VIII. *Bibliography*.

* Conferencia Interamericana de Seguridad Social, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3104-8547>, xjrgl@hotmail.com.

Artículo recibido el 27 de mayo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 441-465
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El desarrollo de prácticamente cualquier tecnología conlleva presiones sobre el marco legal que evidencian, por lo general, las dificultades que presenta el derecho para avanzar al mismo ritmo. En algunos casos, estas presiones adquieren una relevancia significativa, si no por su visibilidad, sí por las consecuencias que una deficiente regulación podría generar. Este artículo analiza, desde la perspectiva de la Corte Penal Internacional, el supuesto problema que implicaría la introducción de sistemas de armas autónomas al campo de batalla, particularmente en lo relativo al requisito de *mens rea* para crímenes de guerra.

Palabras clave: sistemas de armas autónomos, *mens rea*, crímenes de guerra, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT: The development of practically any new technology involves pressures on the legal framework that generally show the difficulties the law suffers in order to advance at the same pace. In some cases, these pressures acquire significant relevance, probably not because of their visibility, but because of the consequences that poor regulation could generate. This article analyses, from the perspective of the International Criminal Court, the supposed problem that the introduction of autonomous weapons systems to the battlefield would entail, particularly regarding the *mens rea* requirement for war crimes.

Key words: autonomous weapons systems, *mens rea*, war crimes, International Criminal Court.

RÉSUMÉ : Le développement de pratiquement toute nouvelle technologie engendre des pressions sur le cadre juridique qui témoigne généralement de difficultés à avancer au même rythme. Dans certains cas, ces pressions acquièrent une importance majeure, non en raison de leur visibilité, mais des conséquences qu'une régulation insuffisante pourrait avoir. Cet article analyse, depuis la perspective de la Cour Pénale Internationale, le prétendu problème qu'impliquerait l'introduction des systèmes d'armes létales autonomes sur le champ de bataille, en particulier concernant la condition de *mens rea* en matière de crimes de guerre.

Mots-clés: systèmes d'armes létales autonomes, *mens rea*, crimes de guerre, Cour Pénale Internationale.

I. INTRODUCTION

Warfare has been an omnipresent phenomenon in human history and as such it is linked to the technological advance of civilizations. In this view, it is obvious to say that the more technologically advanced a civilization is, the more advanced its ways to kill the enemy will be.¹ This sort of principle has not changed in present times, things are no different and the development of new weaponry continues.²

Sometimes it seemed that law struggled to follow this fast-paced development; however, this struggle showed to be false in the past; one common element persisted from the first rock used as a weapon to the latest piece of weaponry, one that could be repressed and that answered for every unlawful act. This human element remained intact for all the phases that warfare had been passed through.

For the first time in History though, technology is starting to explore real possibilities to reduce the presence of humans in the battlefield, removing this element and changing the nature of war. In this sense, it should not surprise anyone if current institutions demonstrate insufficient to cope with the new scenarios arising from this; nevertheless, the discussion still belongs to the speculative province and might not arise in reality or at least not in the way we imagine it.

¹ Even on romanticized cultures such as Maya—who were initially considered as a technologically advanced and peace-loving civilization—opinions have changed. See Webster, David, “The Not so Peaceful Civilization: A Review of Maya War”, *Journal of World Prehistory*, vol. 14, issue 1, 2000, p. 65.

² See, for instance Fisher, Richard D., “China Showcases New Weapon Systems at 3 September Parade”, *IHS Jane’s Defence Weekly*. Available at: <http://www.janes.com/article/54029/china-showcases-new-weapon-systems-at-3-september-parade>; Blanchard, Ben, “China’s Xi Urges Faster Development of New Weapons Systems”, *Reuters*. Available at: <http://www.reuters.com/article/us-china-defence-idUSKCN0JJ04620141205>; Isachenkov, Vladimir, “Russia will Deploy New Strike Weapons Capable of Piercing NATO’s U.S.-Led Missile Defence Shield”, *National Post*. Available at: <http://news.nationalpost.com/news/russia-will-deploy-new-strike-weapons-capable-of-piercing-natos-u-s-led-missile-defence-shield>; Grady, John, “Senate Panel Explores Speed of U.S. Military Technology, Weapons Development”, *USNI News*. Available at: <http://news.usni.org/2015/11/03/senate-panel-explores-speed-of-u-s-military-technology-weapons-development>.

One of these institutions is war crimes. Given the recent developments in weapons technology, questions have emerged about the propriety of war crimes to confront possible future conducts where the role of humans will be diminished. In the following lines, we try to show the current state of discussions around this topic focusing in the mental element of these crimes accordingly to the Statute of the International Criminal Court (SICC or Rome Statute)³ and its apparent lack of applicability.

For this, we first briefly analyse the mental element for war crimes as established in the SICC, and then refer to its applicability towards the most relevant examples of new weaponry: Autonomous Weapons Systems (AWS), to show that the some of the problems suggested might originate from a misconception of this armament.

II. *MENS REA* FOR WAR CRIMES UNDER THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

We take for granted several of the features of war crimes under the SICC in order to focus on their mental element. In this sense, given the characteristics of the issue, the existence of an armed conflict and the knowledge that the perpetrator has about it will be assumed.

War crimes are considered as breaches of the laws and customs applicable in armed conflicts that are of such a serious character that entail criminal responsibility for the perpetrator.⁴ This implies that not every breach is considered a war crime⁵ and that -because of the context they were born and are applicable in- they are deeply linked to International Humanitarian Law (IHL).⁶

³ United Nations, Treaty Series, Rome Statute of the International Criminal Court, vol. 2187, p. 3.

⁴ Boas, Gideon *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library, vol. 2. Elements of Crimes under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 215; Cryer, Robert *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 221.

⁵ Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 229.

⁶ Cryer, Robert *et al.*, *op. cit.*, p. 221.

The legal maxim *actus non facit reum nisi mens sit rea*, plays an essential role in the determination of criminal responsibility for the crimes contained in the SICC, including war crimes. Although it is true that there are many domestic criminal systems that recognize some instances where the perpetrator's state of mind does not have an impact on his criminal liability, these are highly limited⁷—for example in cases of possession of dangerous objects—and regarding the SICC—and International Criminal Law (ICL) in general—not recognized at all.⁸

Speaking on *mens rea*, the Rome Statute took a different path than the one followed by prior ICL instruments. Since 1945, no international instrument adopted contained a general provision establishing the mental element requirement for the commission of an international crime⁹ which led to the tribunals working under those instruments, to develop their own understanding of *mens rea*.¹⁰ For the International Criminal Court (ICC) though, a person must act accordingly to article 30 of the SICC to be “criminally responsible and liable for punishment”, in addition to fulfil the material element.

Article 30¹¹ contains the minimum mental requirements for criminal liability before the ICC which is also the standard formula to be applied “unless otherwise provided”. In this sense, this article functions as a residual

⁷ Van der Vyver, Johan D., “The International Criminal Court and the Concept of *Mens Rea* in International Criminal Law”, *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 12, 2004, pp. 57 and 58.

⁸ Werle, Gerhard and Jessberger, Florian, “«Unless otherwise Provided»: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law”, *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 3, 2005, note 2, p. 36.

⁹ Finnin, Sarah, “Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court. A Comparative Analysis”, *ICLQ*, vol. 61, issue 2, 2012, p. 325.

¹⁰ For example, see *Lašva Valley, Prosecutor v Blaškić* (Tihomir), Trial judgment, Case No IT-95-14-T ICTY, ICL 33 (ICTY 2000), 3rd March 2000, Trial Chamber I (ICTY), para. 152 and seqq; and *Lašva Valley, Prosecutor v Kordic & Cerkez*, Trial Judgment, Case No IT-95-14/2-T ICTY, 26 February 2001, Trial Chamber III (ICTY), para. 229.

¹¹ “Article 30. Mental element.

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

rule and as such is supposed to apply only in those cases where there are no rules for the specific crime.¹²

In the case of war crimes, during the negotiations of the Rome Statute, the question whether each war crime should contain its own mental element was debated but given the profound differences between domestic systems it proved hard to address the problem.¹³ As a result, war crimes fall under article 30 to determine their mental requirement. It is noticeable that some war crimes contain very specific terms such as “wilfully” or “wantonly”¹⁴ which could be interpreted as rendering those specific crimes outside the realm of article 30,¹⁵ nevertheless these additional terms are clearly product of the desire of the parties to respect and adopt the language used in the original treaties that contained such crimes¹⁶ and in consequence do not constitute any kind of special mental element.

Under article 30, for a crime—in this case a war crime—to be brought before the ICC, it must be committed with intent and knowledge. These subjective elements do not cover equally all the objective ones¹⁷ (conduct, consequence and circumstances)¹⁸ since intent is aimed to act over the conduct and the consequence, and knowledge over the consequence and the circumstances. In this sense, these concepts mean that the conduct is performed voluntarily but also that the perpetrator wanted to cause the consequence or at least was aware that it was going to happen—even if it was

3. For the purposes of this article, «knowledge» means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. «Know» and «knowingly» shall be construed accordingly”.

¹² Byron, Christine, *War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press, 2009, p. 5; Werle, Gerhard and Jessberger, Florian, *op. cit.*, p. 55; Cryer, Robert *et al.*, *op. cit.*, p. 320.

¹³ Dörmann, Knut, “War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes”, in Von Bogdandy, A. and Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 353 and 354.

¹⁴ For instance, see articles 8.2 (a) (iii), 8.2 (a) (iv), 8.2 (a) (vi) or 8.2 (b) (xxv).

¹⁵ Werle, Gerhard and Jessberger, Florian, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶ Van der Vyver, Johan D., *op. cit.*, p. 113; Byron, Christine, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Dondé Matute, Javier, “El concepto de *mens rea* en el derecho penal internacional”, in INACIPE, *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida Académica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 185.

¹⁸ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 2011, para. 7.

undesired— as a predictable result of his conduct¹⁹ and that the perpetrator had to —again— at least be aware that some circumstances surrounding his conduct existed (such as the excessive loss of civilian life as a consequence or the protected character of humanitarian personnel as a circumstance) no matter his legal appreciation of them.

By determining that the crime must be committed with intent and knowledge and that the latter requires that consequences not only might happen but will happen,²⁰ the SICC sets the mental element bar very high²¹ and leaves out other forms of culpability —such as recklessness— that might be present in war crimes.²²

Now, does this mean that the commission of war crimes happens exclusively with intent and knowledge or that the ICC will only know of those war crimes committed that way? It is true that the relevant article reads “unless otherwise provided” and that this should not be understood as limited to the SICC but also including customary international law or other treaties²³ which would open the door to consider new forms of culpability where they are applicable. Nevertheless, this reasoning does not explain why recklessness was dropped in the negotiations of the Rome Statute when it was initially considered.²⁴

In our opinion nothing in the reading of article 30 and its relation to other sources of international law, would prevent the ICC of knowing of war crimes committed recklessly but, given the very nature of the Court as not precisely being the first choice to trial perpetrators, chances are that in the case of war crimes it will be reserved to trial only the worst kind of war criminals, this is, those who acted with intent and knowledge. Moreover, the analysis over war crimes and new weaponry will be based on this kind of culpability.

¹⁹ Byron, Christine, *op. cit.*, p. 7.

²⁰ Art. 30 of the Statute of the International Criminal Court.

²¹ Cryer, Robert *et al.*, *op. cit.*, p. 320.

²² *Lašva Valley, Prosecutor v Blaškić* (Tihomir), Appeal judgment, Case No IT-95-14-A, ICL 34 (ICTY 2004), 29th July 2004, Appeals Chamber (ICTY), para. 42.

²³ Dörmann, Knut, *op. cit.*, p. 353.

²⁴ Clark, Roger S., “The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences”, *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001, pp. 314 and 315.

In sum, it is possible to say that war crimes committed under the SICC must be committed with intent regarding the conduct and the consequences and knowledge of the latter, and of the circumstances.

III. COMMAND RESPONSIBILITY

Now, special mention is due to the concept of command responsibility²⁵ that works in a different level and for different scenarios. According to this doctrine already part of customary international law "...military commanders and other persons occupying positions of superior authority may be held criminally responsible for the unlawful conduct of their subordinates..."²⁶ This responsibility can be divided in two types: direct and indirect responsibility.²⁷

According to direct responsibility and under article 25.3 (b) of the Rome Statute it suffices that a person orders the commission of a crime to be considered criminally responsible as long as the crime is attempted or committed. In this sense, there is no much problem in finding the mental element required to consider the commander criminally responsible when he issues such an order—even the existence of that order might be inferred from the circumstances, so there is no need of an expressed order.²⁸

Things change for indirect responsibility. In this case, and under article 28 of the SICC, the subordinates act in absence of any order while the superior fails to prevent such a behaviour, to punish it or to report the issue to the competent authorities when he knows, actively ignored or—given the circumstances— should have known about the conduct of his subordinates.

Indirect responsibility is based on three elements:²⁹

²⁵ Article 28 of the Rome Statute of the International Criminal Court.

²⁶ *Čelebići Camp, Prosecutor v Delalić (Zejnil) and ors*, Trial Judgment, Case No IT-96-21-T, ICL 95 (ICTY 1998), 16th November 1998, Trial Chamber II (ICTY), para. 333.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Dinstein, Yoram, *op. cit.*, p. 238.

²⁹ Levine II, James D., "The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior Civilian Leadership: Does the International Criminal Court Have the Correct Standard?", *Mil. L. Rev.*, vol. 193, 2007, p. 53.

- a) Existence of a superior-subordinate relation which is not limited to its formal character, in the sense that it should include the "...material ability to prevent or punish criminal conduct..."³⁰ and not only the ranks established legally.
- b) Mental element. Article 28 establishes two different *mens rea* standards depending on whether the superior is military or non-military. In the first case, military commanders are criminally responsible if they "...either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known..."³¹ while in the case of non-military superiors, the mental element required is "...either knew, or consciously disregarded information..."³² which by eliminating the possibility that non-military superiors can be held responsible on the basis of negligent supervision³³ establishes a higher requirement than that for the military.³⁴ Some authors³⁵ have echoed this higher requirement into the realm of wilful blindness where a person claims ignorance over facts that he foresees or even know already in order to escape criminal liability.³⁶
- c) Failure to prevent, punish or report. This element of the superior responsibility determines that the superior will be responsible if he –considering the mental element- did not stop and repress the conduct of his subordinates. Why and? Because it is considered that these two tasks entail criminal responsibility each one on its own. In this sense:

This duty does not... permit a superior to choose... to either prevent the crimes or to await their commission and then punish. The superior's obligations are instead consecutive: it is his primary duty to intervene as soon as he becomes aware of crimes about to be com-

³⁰ *Čelebići Camp, Prosecutor v Delalić (Zejnil) and ors*, Appeal Judgment, Case No IT-96-21-A, ICL 96 (ICTY 2001), 20th February 2001, Appeals Chamber (ICTY), para. 197 and 256.

³¹ Article 28 (a) (i) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

³² Article 28 (b) (i) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

³³ Levine II, James D., *op. cit.*, p. 83.

³⁴ Cryer, Robert *et al.*, *op. cit.*, p. 325.

³⁵ Van der Vyver, Johan D., *op. cit.*, pp. 75 and 76; Levine II, James D., *op. cit.*, p. 83.

³⁶ *Čelebići Camp, Prosecutor v Delalić (Zejnil) and ors*, Trial Judgment, Case No IT-96-21-T, ICL 95 (ICTY 1998), 16th November 1998, Trial Chamber II (ICTY), para. 387.

mitted, while taking measures to punish may only suffice... if the superior became aware of these crimes only after their commission. Consequently, a superior's failure to prevent the commission of the crime by a subordinate, where he had the ability to do so, cannot simply be remedied by subsequently punishing the subordinate for the crime.³⁷

Regarding the liability for not reporting, it was added as an acknowledgement of the situation already recognized in case-law,³⁸ this is, that superiors often may not be in a position to effectively investigate and prosecute offenses committed by their subordinates.³⁹

These elements are required to separate command responsibility from other sources of liability in the sense that here the superior is not been held responsible because of his character as such, but for his failure to act as a result of not meeting his duty or of having actual intent.⁴⁰

It is interesting that not being a war crime strictly speaking,⁴¹ command responsibility shows up in the discussion but, as will be seen, some authors consider that it might offer good basis to close the accountability gap supposedly open by new weaponry.

IV. NEW ARMAMENT AND WAR CRIMES

As weaponry become more complex and advanced voices have been raised to question whether these developments are susceptible to be regulated by

³⁷ *Prosecutor v. Naser Oric*, Trial Judgment, Case No IT-03-68-T, 30 June 2006, Trial Chamber II, para. 326.

³⁸ Mettraux, Guénaël, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 31 and 32.

³⁹ Levine II, James D., *op. cit.*, pp. 84 and 85.

⁴⁰ O'Brien, Melanie, "The Ascension of Blue Beret Account. International Criminal Court Command and Superior Responsibility in Peace Operations", *J. Conflict & Sec. L.*, vol. 15, issue 3, 2010, p. 538.

⁴¹ Not only because it is not contained in article 8 of the Rome Statute, which would be a very simplistic argument, but because it does not require the basic element that war crimes need to be committed: An armed conflict.

international law. In most cases —publicly known— it is hard to affirm that new weapons pose real threats to the legal frame, in the sense of making it unable to provide with regulations and answers.

Even though, a broad gamut of weaponry is under development or recently developed⁴² we will refer to a very specific type characterized by the increased autonomy towards human operators by using advanced computers to execute some of the tasks habitually assigned to humans.

There seems to be an agreed nomenclature to distinguish the level of involvement that operators have in relation to these systems. So, it is possible to distinguish between three basic types:⁴³

- 1) *Semi-autonomous weapons systems*: Where the system is capable of selecting targets but requires active input from humans in order to attack.
- 2) *Human-supervised weapons systems*: Characterized by the ability of the system to select and attack targets always under the supervision of an operator capable of cancelling system's actions.
- 3) *Autonomous weapons systems*: Systems that can select and attack targets without further human involvement.

⁴² For instance, see Beidel, Eric, "All Systems Go: Navy's Laser Weapon Ready for Summer Deployment", Office of Naval Research. Available at: <http://www.onr.navy.mil/Media-Center/Press-Releases/2014/Laser-Weapon-Ready-For-Deployment.aspx>; Beidel, Eric, "Bad News for the Bad Guys: Laser Weapon Being Readied for Marine Vehicles", Office of Naval Research. Available at: <http://www.onr.navy.mil/Media-Center/Press-Releases/2014/Ground-Based-Air-Defense-Laser.aspx>; DARPA, "GXV-T Imagines Future Armored Ground Vehicles that Could Increase Survivability through Improved Situational Awareness", *Defense Advanced Research Projects Agency*, 2014. Available at: <http://www.darpa.mil/news-events/2014-10-07>; Lendon, Brad, "The US Successfully Tested a Laser Weapon that Can Destroy Aircraft Mid-Flight", *CNN*. Available at: <https://edition.cnn.com/2020/05/22/asia/us-navy-lwsd-laser-intl-hnk-scli/index.html>.

⁴³ See International Committee of the Red Cross, "Expert Meeting: Autonomous Weapon Systems, Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects", 26-28 March 2014, p. 63; United States Department of Defense, Directive No. 3000.09, 21 November 2012, p. 14; Noone, Gregory P. and Noone, Diana C., "The Debate over Autonomous Weapons Systems", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 47, 2015, at p. 28; Kastan, Benjamin, "Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal «Singularity»?", *U.Ill. J. L. Tech. & Pol'y*, vol. 45, 2013, p. 49; Human Rights Watch, "Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots", 2015. Available at: <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>, note 3, p. 6. Denominations may vary but they are coincident in the extent of the concepts.

Other authors⁴⁴ implicitly reject this classification and focus on the capacity to adapt of the weapon itself and not in the level of “intelligent” autonomy and make a distinction between:

- a) *Automated weapons*: Designed to open fire without requiring further human instruction once certain conditions become present. These weapons may not be even new since they include automated sentry guns⁴⁵ and even common landmines.
- b) *Autonomous weapons systems*: These are weapons systems that are able to adapt to the conditions surrounding them. They are capable of search for targets, identify, select and attack or request authorization to attack them, although they would only function as truly autonomous when not requiring such authorization.

In this categorization it is needed to distinguish between these and unmanned combat systems (which in fact may include group 1 above) on the argument that they are remotely operated by humans and in consequence the problems they may present arise more from the methods in which they are used than from the characteristics of the weapons themselves.⁴⁶ No matter which classification is chosen, attention is attracted to autonomous weapons systems given their capacity to operate without human involvement.

There are a few observations before analysing the problems posed by these systems. First, although there is no agreement on how long it will take to actually deploy Autonomous Weapons Systems (AWS) on the battlefield there is agreement on the fact that they do not exist yet,⁴⁷ consequently it

⁴⁴ Backstrom, Alan and Henderson, Ian, “New Capabilities in Warfare: An Overview of Contemporary Technological Developments and Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Review”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, issue 886, 2012, p. 483.

⁴⁵ See, for example the “Super aEgis II”, manufactured by Dodaam Systems Ltd. Information available at: http://www.dodaam.com/eng/sub2/menu2_1_4.php.

⁴⁶ Backstrom, Alan and Henderson, Ian, *op. cit.*, p. 487.

⁴⁷ See Human Rights Watch, *op. cit.*, p. 6; Backstrom, Alan and Henderson, Ian, *op. cit.*, p. 493; Kastan, Benjamin, *op. cit.*, pp. 52 and 63; Noone, Gregory P. and Noone, Diana C., *op. cit.*, p. 28; Boothby, William, “Some Legal Challenges Posed by Remote Attack”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, issue 886, 2012, p. 586; and Sparrow, Robert, “Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapons Systems and the Recognition of Surrender”, *Int'l L.*

is important to keep in mind, as said in the introduction, that any difficulties are hypothetical; the discussion is about framing an inexistent situation with the legal resources now available which in a way is a good exercise to locate potential deficiencies but that should be treated cautiously.

Second, the entire discussion is based on the premise that AWS will fail. This is not a product of pessimism but a necessary presumption, if it is going to be assumed that AWS will have an absolute 0% margin of error then there is no discussion at all and States should promptly replace all humans in the battlefield.

There are several definitions on what an AWS is. For instance, Human Rights Watch (HRW) considers that they are "...systems that would select and engage targets without meaningful human control",⁴⁸ for the International Committee of the Red Cross (ICRC) AWS "...can learn or adapt [their] functioning in response to changing circumstances in the environment in which [they are] deployed."⁴⁹ For the United States (US) Government they are systems "...that, once activated, can select and engage targets without further intervention by a human operator".⁵⁰ The core feature is that AWS do not need further human instructions to select and attack their targets (although it is true that this do not necessarily preclude human intervention).⁵¹

It is not clear how AWS will operate on the terrain, some experts point out that the concept of "autonomy" should not be overplayed and that AWS will function under pre-issued instructions that will allow them to select their next move as long as the move exists in their program,⁵² in this sense, AWS will not be able to do what their human programmers do not want them to do and in consequence they will remain predictable.⁵³ For others this resem-

Stud., vol. 91, 2015, p. 712. In general, all the literature consulted on the topic has a certain futuristic tone.

⁴⁸ Human Rights Watch, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹ International Committee of the Red Cross, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts", 28 November to 1 December 2011, pp. 39 and 40.

⁵⁰ United States Department of Defense, *op. cit.*, p. 13.

⁵¹ Thomas, Bradan T., "Autonomous Weapons Systems: The Anatomy of Autonomy and the Legality of Lethality", *Hous. J. Int'l L.*, vol. 37, issue 1, 2015, p. 242.

⁵² Noone, Gregory P. and Noone, Diana C., *op. cit.*, pp. 27 and 28.

⁵³ International Committee of the Red Cross, "Autonomous Weapon...", *cit.*, p. 41.

bles more an automated behaviour relevant to automated weapons explained above and argue that even though AWS will be programmed, they will operate using stochastic reasoning,⁵⁴ which introduces uncertainty in the system and makes it unpredictable⁵⁵ although capable of learning from its mistakes.⁵⁶

Although it is certainly important how these systems will operate, the relevant aspect to consider is that their use must comply with IHL.⁵⁷ This might be the greatest obstacle to overcome in order to deploy these systems on the field, especially regarding the difficulties that they might present to identify and discriminate between legitimate targets and protected ones.⁵⁸ Again noting that no solid answers can be provided, some authors have suggested that this might not be an absolute impediment for the use of AWS. In their opinion it would not matter that AWS could not identify properly their targets as long as they are used only in very controlled conditions where the presence of protected persons and civilian objects would be highly unlikely. So, they suggest using them in “areas of desert, remote steppe lands, and remote maritime areas...”⁵⁹ or in “...anti-submarine warfare... [since] war at sea more often —if not always— occurs far from civilian shipping...”.⁶⁰ These authors presuppose that because some battle

⁵⁴ Pilling, Michael “Issues Regarding the Future Application of Autonomous Systems to Command and Control (C2)”, DSTO-TR-3112, DSTO Defence Science and Technology Organisation, 2015, pp. 1 and 2; International Committee of the Red Cross, “Autonomous Weapon...”, *cit.*, p. 13.

⁵⁵ Weber, Jutta, “Armchair Warfare «on terrorism»: On Robots, Targeted Assassinations and Strategic Violations of International Humanitarian Law”, in Vallverdú, Jordi (ed.), *Thinking Machines and the Philosophy of the Computer Science: Concepts and Principles*, Information Science Reference, 2010, p. 214.

⁵⁶ Grut, Chantal, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, *J. Conflict & Sec. L.*, vol. 18, issue 1, 2013, p. 6.

⁵⁷ Weizmann, Nathalie and Costas Trascasas, Milena, “Autonomous Weapons Systems under International Law”, *Academy Briefing*, issue 8, 2014, pp. 13 and 27; Castellaneta, Marina, “New Weapons, Old Crimes?”, in POCAR, Fausto *et al.* (eds.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities. Challenges to Adjudication and Investigation*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 202; Boothby, William, *op. cit.*, p. 584. And given the legal obligation of States to determine whether the employment of new weapons would be prohibited by the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) or by any other rule of international law.

⁵⁸ Kastan, Benjamin, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁹ Boothby, William, *op. cit.*, p. 585.

⁶⁰ Sparrow, Robert, *op. cit.*, p. 706.

scenario do not contain civilians then AWS will be exempted of identifying between targets and will be able to engage again anyone.

Nevertheless, what they forget is that even in these isolated and improbable situations, AWS would have to distinguish between combatants and personnel hors de combat.⁶¹

Now, what should be the level of compliance of AWS on IHL? There are opinions in the sense that the technology to build today a fully AWS already exists, in the sense that it would be capable of selecting and attacking targets with no human instructions, as long as we are prepared to accept a high level of failures and accidents.⁶² In contrast, other opinions go in the direction to consider that AWS have to comply with IHL at least in the same rate that humans do,⁶³ so until AWS respect law the level humans are capable at, the systems should not be deployed. In our opinion an exceptionally good reason to expect -and demand- a performance that clearly overpasses that of humans is the apparent gap of accountability that current legal regulations suffer.

This whole idea of machines learning and reasoning might suggest some unusual opinions about the nature of AWS. Some⁶⁴ seem to advance the position that AWS are something between mere armament and combatants since in the battlefield they may behave more as a soldier and in doing so implicate certain consequences that seem to anthropomorphize AWS.⁶⁵ These opinions are misguided and lead to bizarre scenarios. An AWS, no matter how “smart” or what levels of legal compliance attain, is an object. Combatants and AWS cannot be equated since they are not in the same category,⁶⁶ the harm AWS may cause comes from weapons developers,

⁶¹ Sassóli, Marco, “Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified”, *Int'l L. Stud.*, vol. 90, 2014, p. 327.

⁶² International Committee of the Red Cross, “Autonomous weapon...”, *cit.*, pp. 13 and 23.

⁶³ Kastan, Benjamin, *op. cit.*, p. 64; Sassóli, Marco, *op. cit.*, p. 319; International Committee of the Red Cross, “Autonomous weapon...”, *cit.*, p. 47.

⁶⁴ Human Rights Watch, *op. cit.*, p. 18; International Committee of the Red Cross, “Autonomous weapon...”, *cit.*, pp. 23 and 45.

⁶⁵ See, for instance, Waytz, Adam *et al.*, “The Mind in the Machine: Anthropomorphism Increases Trust in an Autonomous Vehicle”, *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 52, 2014, p. 113. Discussing that machines with anthropomorphic features tend to be more trusted by people.

⁶⁶ Sassóli, Marco, *op. cit.*, p. 323.

manufacturers or users,⁶⁷ and in consequence it is not possible to ascribe to these weapons human characteristics or ultimately, impose legal obligations that belong to humans.

After this clarification, it is important to remember, as said above, that not every breach of IHL is equal, for instance a violation of the right of prisoners of war to receive mail⁶⁸ might not be considered as a serious breach when compared to a direct attack on civilians.⁶⁹ In this sense, it is important to prioritize what legal rules and prohibitions AWS must comply with.

War crimes, certainly, are an essential part of this package. Considering the role AWS are expected to play, there are probably no rules more important than these. Fears have been expressed on what will happen once AWS are involved in the commission of war crimes, who will be responsible then?

This question may vary in difficulty depending not only on the specific factual situation but also on the legal one and it should be recalled that this work is assuming as basis the approach taken by the SICC.

First it is necessary to distinguish between war crimes that can actually be relevant for AWS. It is hard to imagine a scenario where an AWS declare that "...no quarter will be given"⁷⁰ or to compel "...a prisoner of war or other protected person to serve in the forces of a hostile Power".⁷¹ On the other hand, the commission of crimes like killing a combatant who has surrendered,⁷² attacking a museum⁷³ or attacking humanitarian personnel,⁷⁴ may not be far from reality.

In sum, it is not difficult to picture an AWS committing a conduct considered criminal during an armed conflict under the Rome Statute as long as some direct use of force is involved.

⁶⁷ McFarland, Tim and McCormack, Tim, "Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?", *Int'l L. Stud.*, vol. 90, 2014, p. 366.

⁶⁸ Article 71 of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, United Nations.

⁶⁹ Article 51.2 of Additional Protocol I; article 8.2 (b) (i) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

⁷⁰ Article 8.2 (b) (xii) of the Statute of the International Criminal Court.

⁷¹ Article 8.2 (a) (v) of the Statute of the International Criminal Court.

⁷² Article 8.2 (b) (vi) of the Statute of the International Criminal Court.

⁷³ Article 8.2. (b) (ix) of the Statute of the International Criminal Court.

⁷⁴ Article 8.2. (b) (iii) of the Statute of the International Criminal Court.

As said above, most crimes -and certainly war- crimes follow the principle that there is no crime unless the conduct is accompanied by certain mental state so in order to be able to claim that some AWS committed a war crime it is required to state first that the AWS had the intention to act the way it did and furthermore that it was aware of the consequences and circumstances. Assuming for a moment that AWS will be able to have intentions and to act accordingly to them after having considered the consequences, what will happen then?

Ideas have been expressed about holding the machine responsible for this going as far as proposing the punishment to be imposed which in the case of war crimes committed by AWS in all probability would amount to dismantling the system⁷⁵ or maybe turning it off. This result would require the premise that “smart” enough machines would be considered as legal persons.⁷⁶ Given the speculative nature of the argument it is hard to provide with valid reasons why the machine could not be held responsible. In our opinion, and probably for the moment, we should acknowledge the fact that this answer requires more assumptions than desired and that it also overstretches the discussion changing the focus and entailing other speculative questions no helpful at all.⁷⁷

Now, not because the AWS is incapable to have the required mental element it means that such element should not be looked for in the humans acting behind the machine. The first obvious choice would be the military commander in charge of the AWS. Three scenarios should be distinguished here.

First, in case the commander instructs the weapons system to attack an illegitimate target, there would be no need to look further since he would be using the AWS as a mere rifle or other weapon. It is of no relevance to consider whether AWS should be programmed with IHL rules impossible to override, here the commander would be the war criminal.⁷⁸

Second, let's assume that the commander orders to attack an airbase located near a village, he does not want to attack the village but he knows

⁷⁵ Krishnan, Armin, *Killer Robots. Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, New York, Routledge, 2009, p. 105.

⁷⁶ Calverley, David J., “Imagining a Non-Biological Machine as a Legal Person”, *AI & Soc.*, vol. 22, 2008, p. 523.

⁷⁷ For instance, what would be the extent of their rights; would we still have the legal right to destroy a machine which is also a legal person? The scenario is not well developed of course.

⁷⁸ Kastan, Benjamin, *op. cit.*, p. 79.

that his AWS unit has been showing some erratic behaviour, during the last combat the AWS selected and was about to attack a hospital but was stopped at the last moment. With this in mind, the commander decides to attack the nearby enemy airbase which results in the AWS misidentifying the village and launching its missiles against it. In this case, the commander would be liable under the argument that given the irrational conduct of his AWS there was a real probability that the system may fail again, which did not stop the commander from deciding to act. Of course, this deserves the comment that since this work is on the basis of SICC criteria, this reckless conduct of the superior would not amount to a war crime before the ICC, which puts the argument in a dead-end.

The third possibility holds the commander liable on the basis of superior responsibility⁷⁹ whose elements were explained above. Nevertheless, it does not seem right for several reasons. It needs the assumption that the AWS is a subordinate of the commander, idea not in line with the fact that weapons systems are objects; in addition the mental element required for the commander is that he "...either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known...",⁸⁰ which is problematic since it seems unreasonable to require a commander to know that his AWS is about to commit a crime. Finally, the question arises again, how is a person supposed to repress the conduct of a machine? For the remaining scenario the question solves itself, even if the commander knew that his machine was committing a crime and he successfully stopped it he is unable to "punish" it, on the other hand, if he could not possibly know that the AWS was about to commit a crime how reasonable is to expect that he could prevent it?

Other humans behind the AWS that has been suggested to be held responsible are the programmers and the manufacturers (P/M) of AWS.⁸¹ Their participation in a war crime is less clear than that of the commander but they share one thing in common although it is difficult to say whether it would be enough to hold them responsible. As with the commander, if a P/M actively writes in the AWS' code or manufactures the machine in a way that for

⁷⁹ Heyns, Christof, "Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions", A/HRC/23/47, United Nations-Human Right Council, 9 April 2013, para. 78.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Ibidem*, para. 77.

instance makes it misidentify targets he would be responsible.⁸² Although it has been pointed out that the temporal element may play against in this case since the Elements of Crimes establish that “the conduct took place in the context and was associated with an... armed conflict”⁸³ and from the point of fabrication to the point of actual use, a long time may have passed.

The situation where the P/M intentionally builds a defective AWS may provide for criminal responsibility for him under article 25.3 (c). This article determines as criminally responsible those persons who facilitated the commission of the crime. Although it does not demand that the facilitator knows precisely what crime is going to be committed,⁸⁴ the fact that it is required to establish the responsibility of the actual perpetrator renders the argument unnecessary for now.

On the other hand, would it be possible to hold the programmer or manufacturer responsible without the commander committing a crime? Some are of the opinion that if the commander is acting in good faith, the P/M who willingly fabricates a defective system could be responsible for war crimes.⁸⁵

In sum, given the fact that only in very specific conditions commanders and other personnel involved with AWS would be hold responsible it is possible to conclude that the ICL frame at least regarding the ICC is not well suited to face the challenges glimpsed by the use of this kind of technology.

V. OTHER OPTIONS

Several alternatives have been proposed to face this situation, such as making the P/M to act as a guarantor of the AWS⁸⁶ but this does not seem satisfactory since most likely is that not only one person will be responsible for the entire development of the system⁸⁷ so one person would responsi-

⁸² McFarland, Tim and McCormack, Tim, *op. cit.*, p. 375.

⁸³ International Criminal Court, *op. cit.*, pp. 13 and ss.

⁸⁴ *Lašva Valley, Prosecutor v Furundžija* (Anto), Trial Judgment, Case No IT-95-17/1-T, (1999) 38 ILM 317, (2002) 21 ILR 213, [1998] ICTY 3, ICL 17 (ICTY 1998), 10th December 1998, Trial Chamber II (ICTY), para. 246.

⁸⁵ Sassóli, Marco, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Heyns, Cristof, *op. cit.*, para. 79.

ble for the conduct of other. And other alternatives are not related to the specific problem.⁸⁸

Now, would a person be responsible for using AWS if he knows that the system is incapable of discriminating between targets? According to article 8.2 (b) (xx) it is a war crime to employ weapons which are “inherently indiscriminate” if some other conditions exist. Some authors do not consider that AWS will be indiscriminate weapons as such but until AWS achieve levels of identification comparable to human’s then it is reasonable to hold them in such condition.

Since it is valid to take for granted inexistent conditions, let us assume that at least in customary international law,⁸⁹ there is a “comprehensive prohibition” on the use of AWS and that they are annexed to the SICC as required by the mentioned article. In that case there would be no need to look so hard for the mental element since the mere employ of such weaponry would constitute a war crime.

In addition, this would open other possibilities to prosecute the responsible person since in some occasions the use of this kind of armament may qualify to direct attacks over protected persons.⁹⁰

VI. CONCLUSION

In general the adoption of new armament can be coped within the existent legal frame, however weaponry entailing certain characteristics as AWS presents new challenges that may need that the mental requirement for war crimes under the Rome Statute gets expanded in order to accept more situations, especially emerging from *dolus eventualis*. Of course, the fact that

⁸⁸ Weizmann, Nathalie and Costas Trascasas, Milena, *op cit.*, p. 25.

⁸⁹ Clark, Roger S., “Building on Article 8 (2) (B) (XX) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare”, *New Criminal Law Rev.*, vol. 12 no. 3, 2009, p. 378.

⁹⁰ *Prosecutor v. Milan Martić*, Trial Judgment, Case No IT-95-11-T, 12 June 2007, Trial Chamber I (ICTY), para. 470 472; *Prosecutor v. Stanislav Galic*, Judgment, Case No IT-98-29-A, 30 November 2006, Appeals Chamber (ICTY), para 132; and *Prosecutor v. Momčilo Perisic*, Judgment, Case No IT-04-81-T, 6 September 2011, Trial Chamber I (ICTY), para. 97.

the SICC is defined narrowly does not preclude that some other jurisdictions may prove more functional in this regard.

In order to attribute criminal responsibility for conducts perpetrated through AWS, it is necessary to look for the mental requirement on the humans surrounding the operation of these systems given the impossibility that a weapons system forms the *mens rea* necessary for the commission of the crime. Nevertheless, we believe that the current ICC legal framework might not be suitable to punish criminal conducts derived from the use of AWS when even the attribution of the conduct requires so many assumptions.

VII. ONE LAST COMMENT

Although the idea of robots killing humans should not be extraneous to us⁹¹ and the participation of autonomous machines in hostilities eventually will happen, the concept of a robot actively choosing to disregard the laws and in consequence to kill people by its own assessment of the situation seems unlikely. We do not pretend to go as far as some experts⁹² who argue that no State would use a weapon incapable of distinguishing targets, position naively optimistic given the examples of the 20th century.

To us, we should not be worried about what to do when an AWS commits a crime since the lack of *mens rea* challenges the very existence of the crime and the situation would fit better understood as a malfunction or negligence.⁹³ The real danger is to provide potential war criminals with more methods to hide their actions under apparent machines breaking the law.

⁹¹ “Robot kills Worker at Volkswagen Plant in Germany”, *The Guardian*. Available at: <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany>; “Trust me, I’m a robot”, *The Economist*. Available at <http://www.economist.com/node/7001829>; Kravets, David, “Jan. 25, 1979: Robot kills Human”, *Wired*. Available at: <http://www.wired.com/2010/01/0125robot-kills-worker/>. The United States Department of Labour has among its records several examples where robots killed humans, more information available at: <https://www.osha.gov/index.html>.

⁹² Noone, Gregory P. and Noone, Diana C., *op. cit.*, p. 29.

⁹³ Which does not entail liability for war crimes, see *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Judgment, Case No IT-97-24-T, 31 July 2003, Trial Chamber II (ICTY), para. 587; *Prosecutor v. Radoslav Brdanin*, Judgment, Case No IT-99-36-T, 1 September 2004, Trial Chamber II (ICTY), para. 386; *Lašva Valley, Prosecutor v. Blaškić* (Tihomir), Appeal judgment, Case No IT-95-14-A, ICL 34

VIII. BIBLIOGRAPHY

- BACKSTROM, Alan and HENDERSON, Ian, “New Capabilities in Warfare: An Overview of Contemporary Technological Developments and Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Review”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, issue 886, 2012.
- BEIDEL, Eric, “All Systems Go: Navy’s Laser Weapon Ready for Summer Deployment”, Office of Naval Research. Available at: <http://www.onr.navy.mil/Media-Center/Press-Releases/2014/Laser-Weapon-Ready-For-Deployment.aspx>.
- BEIDEL, Eric, “Bad News for the Bad Guys: Laser Weapon Being Readied for Marine Vehicles”, Office of Naval Research. Available at: <http://www.onr.navy.mil/Media-Center/Press-Releases/2014/Ground-Based-Air-Defense-Laser.aspx>.
- BLANCHARD, Ben, “China’s Xi Urges Faster Development of New Weapons Systems”, *Reuters*. Available at: <http://www.reuters.com/article/us-china-defence-idUSKCN0JJ04620141205>.
- BOAS, Gideon *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. 2. *Elements of Crimes under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- BOOTHBY, William, “Some Legal Challenges Posed by Remote Attack”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, issue 886, 2012.
- BYRON, Christine, *War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester, Manchester University Press, 2009.
- CALVERLEY, David J., “Imagining a Non-Biological Machine as a Legal Person”, *AI & Soc.*, vol. 22, 2008.
- CASTELLANETA, Marina, “New Weapons, Old Crimes?”, in POCAR, Fausto *et al.* (eds.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities. Challenges to Adjudication and Investigation*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013.

(ICTY 2004), 29th July 2004, Appeals Chamber (ICTY), para. 63. Although some opinions seem to diverge, see International Committee of the Red Cross, “Practice Relating to Rule 156. Definition of War Crimes, especially on Dutch practice”. Available at: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule156.

- CLARK, Roger S., “Building on Article 8 (2) (B) (XX) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare”, *New Crimiinal Law Rev.*, vol. 12 no. 3, 2009.
- CLARK, Roger S., “The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences”, *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001.
- CRYER, Robert *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- DARPA, “GXV-T Imagines Future Armored Ground Vehicles that Could Increase Survivability through Improved Situational Awareness”, *Defense Advanced Research Projects Agency*, 2014. Available at: <http://www.darpa.mil/news-events/2014-10-07>.
- DINSTEIN, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- DONDÉ MATUTE, Javier, “El concepto de *mens rea* en el derecho penal internacional”, in INACIPE, *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida Académica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- DÖRMANN, Knut, “War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes”, in VON BOGDANDY, A. and WOLFRUM, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003.
- FINNIN, Sarah, “Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court. A Comparative Analysis”, *ICLQ*, vol. 61, issue 2, 2012.
- FISHER, Richard D., “China Showcases New Weapon Systems at 3 September Parade”, *IHS Jane’s Defence Weekly*. Available at: <http://www.janes.com/article/54029/china-showcases-new-weapon-systems-at-3-september-parade>.
- GRADY, John, “Senate Panel Explores Speed of U.S. Military Technology, Weapons Development”, *USNI News*. Available at: <http://news.usni.org/2015/11/03/senate-panel-explores-speed-of-u-s-military-technology-weapons-development>.
- Grut, Chantal, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, *J. Conflict & Sec. L.*, vol. 18, issue 1, 2013.
- HEYNS, Christof, “Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions”, A/HRC/23/47, United Nations-Human Right Council, 9 April 2013.

- HUMAN RIGHTS WATCH, "Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots", 2015. Available at: <https://www.hrw.org/report/2015/04/09/mind-gap/lack-accountability-killer-robots>.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, "Expert Meeting: Autonomous Weapon Systems, Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects", 26-28 March 2014.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts", 28 November to 1 December 2011.
- ISACHENKOV, Vladimir, "Russia will Deploy New Strike Weapons Capable of Piercing NATO's U.S.-Led Missile Defence Shield", *National Post*. Available at: <http://news.nationalpost.com/news/russia-will-deploy-new-strike-weapons-capable-of-piercing-natos-u-s-led-missile-defence-shield>.
- KASTAN, Benjamin, "Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal «Singularity»?", *U.Ill. J. L. Tech. & Pol'y*, vol. 45, 2013.
- KRAVETS, David, "Jan. 25, 1979: Robot kills Human", *Wired*. Available at: <http://www.wired.com/2010/01/0125robot-kills-worker/>.
- KRISHNAN, Armin, *Killer Robots. Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, New York, Routledge, 2009.
- LONDON, Brad, "The US Successfully Tested a Laser Weapon that Can Destroy Aircraft Mid-Flight", *CNN*. Available at: <https://edition.cnn.com/2020/05/22/asia/us-navy-lwsd-laser-intl-hnk-scli/index.html>.
- LEVINE II, James D., "The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior Civilian Leadership: Does the International Criminal Court Have the Correct Standard?", *Mil. L. Rev.*, vol. 193, 2007.
- MCFARLAND, Tim and MCCORMACK, Tim, "Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?", *Int'l L. Stud.*, vol. 90, 2014.
- METTRAUX, Guénaél, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- NOONE, Gregory P. and NOONE, Diana C., "The Debate over Autonomous Weapons Systems", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 47, 2015.
- O'BRIEN, Melanie, "The Ascension of Blue Beret Account. International Criminal Court Command and Superior Responsibility in Peace Operations", *J. Conflict & Sec. L.*, vol. 15, issue 3, 2010.

- PILLING, Michael, "Issues Regarding the Future Application of Autonomous Systems to Command and Control (C2)", DSTO-TR-3112, DSTO Defence Science and Technology Organisation, 2015.
- "Robot kills Worker at Volkswagen Plant in Germany", *The Guardian*. Available at: <http://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany>.
- SASSÓLI, Marco, "Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified", *Int'l L. Stud.*, vol. 90, 2014.
- SPARROW, Robert, "Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapons Systems and the Recognition of Surrender", *Int'l L. Stud.*, vol. 91, 2015.
- THOMAS, Bradan T., "Autonomous Weapons Systems: The Anatomy of Autonomy and the Legality of Lethality", *Hous. J. Int'l L.*, vol. 37, issue 1, 2015.
- "Trust me, I'm a Robot", *The Economist*. Available at <http://www.economist.com/node/7001829>.
- VAN DER VYVER, Johan D., "The International Criminal Court and the Concept of *Mens Rea* in International Criminal Law", *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 12, 2004.
- WAYTZ, Adam *et al.*, "The Mind in the Machine: Anthropomorphism Increases Trust in an Autonomous Vehicle", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 52, 2014.
- WEBER, Jutta, "Armchair Warfare «on terrorism»: On Robots, Targeted Assassinations and Strategic Violations of International Humanitarian Law", in VALLVERDÚ, Jordi (ed.), *Thinking Machines and the Philosophy of the Computer Science: Concepts and Principles*, Information Science Reference, 2010.
- WEBSTER, David, "The Not so Peaceful Civilization: A Review of Maya War", *Journal of World Prehistory*, vol. 14, issue 1, 2000.
- WEIZMANN, Nathalie and COSTAS TRASCASAS, Milena, "Autonomous Weapons Systems under International Law", *Academy Briefing*, issue 8, 2014.
- WERLE, Gerhard and JESSBERGER, Florian, "«Unless otherwise Provided»: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law", *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 3, 2005.

Comentarios

Teorías relativas al cumplimiento del derecho internacional público

*Theories about Compliance with Public
International Law*

*Théories sur la conformité au droit
international public*

María Helena **Carbonell Yáñez***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teorías tradicionales del derecho internacional*. III. *Nuevos enfoques teóricos del derecho internacional público*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

* Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0114-7592>, maria.helena.carbonell@gmail.com.

Artículo recibido el 12 de septiembre de 2019
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 469-496
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Como bien lo señalaba Henkin, “casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo”. Esto significa que los casos de incumplimiento son una excepción, que podrá ser sometida al conocimiento de un tribunal internacional, para que sea éste quien dirima la controversia, creando nuevas obligaciones para el o los Estados intervinientes. En este panorama, la pregunta que guía esta investigación es cuáles han sido las respuestas que las diferentes teorías filosóficas del derecho internacional han dado a la pregunta de por qué los Estados cumplen con estas obligaciones. Desde un abordaje histórico, este trabajo pretende dar al lector/a una sistematización de los principales aportes desde el campo jurídico, así como de las relaciones internacionales.

Palabras clave: derecho internacional público, cumplimiento, obligaciones internacionales, relaciones internacionales.

ABSTRACT: As Henkin pointed out, “almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time”. This implies that non-compliance is an exception, that can be brought before an international tribunal/court so that any controversy can be solved. This means that new obligations for the intervening State or States are created though the judgment delivered by the court. This paper addresses what has been the answer that the main philosophical international law theories have given to the question of why States comply with international law. Using a historical approach, this paper offers the reader a comprehensive systematization of the main contributions made not only by the legal theories, but also by those embedded in the international relations field.

Key words: public international law, compliance, international obligations, international relations.

RÉSUMÉ: Comme l’a bien noté Henkin, “presque toutes les nations observent presque tous les principes du droit international et presque toutes leurs obligations presque tout le temps”. Cela signifie que les cas de violation sont une exception, qui pourra être soumise à l’examen d’un tribunal international, afin que celui-ci résolve le différend à travers la création de nouvelles obligations pour le ou les États intervenants. Dans cette optique, cette recherche porte sur les réponses que les différentes théories philosophiques du droit international offrent à la question de savoir pourquoi les États remplissent ces obligations. A partir d’une approche historique, ce travail prétend offrir aux lecteurs une systématisation des principaux apports du champ juridique ainsi que des relations internationales.

Mots-clés: droit international public, conformité, obligations internationales, relations internationales.

I. INTRODUCCIÓN

Henkin afirma que “casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo”.¹ De acuerdo con el autor, el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado es la excepción frente a un cumplimiento, que es la regla en las relaciones interestatales. Si el panorama es como lo plantea Henkin, la pregunta que se debe plantear es por qué los Estados —estas entidades casi todopoderosas en el plano internacional— cumplen con sus obligaciones. En caso de incumplimiento, los tribunales internacionales, entendidos como órganos permanentes, habiendo sido creados por un acuerdo internacional, recurren al derecho internacional para resolver los conflictos que les sean presentados. Esto lo hacen a través de un conjunto de reglas previamente establecidas (que las partes no pueden modificar) y emiten una decisión obligatoria para las partes intervinientes.² Adicionalmente a los tratados, la costumbre, los principios generales y los actos unilaterales, las sentencias emitidas por dichos tribunales internacionales son de obligatorio cumplimiento para las partes, ya que contienen obligaciones dirigidas al Estado o Estados responsables.

A pesar de que los Estados son los principales destinatarios y creadores de las normas de derecho internacional, el panorama actual demuestra que en las relaciones internacionales intervienen otros actores, incluyendo en el contencioso internacional. Los tribunales, al resolver controversias no in-

¹ Henkin, Louis, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2a. ed., Nueva York, Columbia University Press, 1979, p. 26.

² Alter, Karen, “Agents or Trustees? International Courts in their Political Context”, *European Journal of International Relations*, Nueva York, vol. 14, núm. 1, 2008, p. 34; Romano, Cesare, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Nueva York, vol. 31, núm. 4, 1999, p. 715; Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, trad. de Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 179; Tomuschat, Christian, “International Courts and Tribunals”, en Rüdiger, Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e35?rskey=WjZwR8&result=6&prd=MPIL>; Voeten, Erik, “International Judicial Independence”, en Dunoff, Jeffrey y Pollack, Mark A. (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012, p. 422.

terestatales, también determinan la responsabilidad internacional del Estado y su obligación de reparar. Siguiendo el planteamiento de Henkin, varios estudios han demostrado que los Estados cumplen (pero no en su totalidad) las obligaciones provenientes de las sentencias de los tribunales de derechos humanos.³

Aunque las principales teorías relativas al cumplimiento del derecho internacional hacen referencia a los tratados (como fuente de obligaciones), es posible extrapolar sus conclusiones al cumplimiento de las decisiones provenientes de órganos jurisdiccionales. Este trabajo plantea verificar cómo las diferentes teorías intentan explicar por qué los Estados cumplen con dichas obligaciones internacionales, enfocándose en el tratamiento de relaciones claramente asimétricas entre dos sujetos del derecho internacional: la persona y el Estado.

En las páginas siguientes, el estudio sigue una línea cronológica, partiendo de las teorías que hemos denominado “tradicionales” o “clásicas”, que abarcan desde los negacionistas, al positivismo y a las teorías del proceso transnacional. En un segundo capítulo se estudian aquellas “nuevas teorías”, que comprenden los Critical Legal Studies y los aportes del tercer mundo al derecho internacional. Esta revisión teórico-cronológica sobre los motivos que explican la adecuación de la conducta del Estado a sus obligaciones internacionales es aplicada al caso de las sentencias provenientes de tribunales que declaran la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos.

³ Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, *American University International Law Review*, Washington D. C., vol. 27, núm. 2, 2012, pp. 263-319; Hawkins, Darren y Jacoby, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations*, Toronto, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 35-85; Huneceus, Alexandra, “Compliance with International Court Judgments and Decisions”, en Romano, Cesare *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015, pp. 348-463; Poertner, Mathias, “Institutional Capacity for Compliance: Domestic Compliance with the Inter-American Court of Human Rights”, *APSA 2013 Annual Meeting Paper*, Chicago, 2013, pp. 1-33, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2299763>; Posner, Eric A. y Yoo, John C., “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 93, núm. 1, 2005, pp. 3-72; Romero, Alexia y Staton, Jeffrey K., “Clarity and Compliance in the Inter-American Human Rights System” (manuscrito), 2011, pp. 1-30, disponible en: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/448/Clarity-and-Compliance-in-the-Inter-American-Human-Rights-System.pdf?sequence=1&jsAllowed=y>.

II. TEORÍAS TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

La revisión de las teorías clásicas del derecho internacional (en adelante, el “DI”) se hace en función de un estudio histórico de las mismas, identificando rasgos comunes con relación a las razones que se plantean para explicar el cumplimiento de las obligaciones provenientes de los fallos de tribunales en materia de derechos humanos. La primera mirada hacia el DI consistía en negar su carácter de derecho, ya que estaba basada en su equiparación al derecho interno: al no cumplir con los elementos que este último tiene (en función de los actores, sus expectativas y las estructuras jurídicas), se argumentaba que no era posible considerarlo como derecho.⁴ Incluso, Hart y Austin, quienes afirman que el DI no cuenta con todos los elementos del derecho y no es, por lo tanto, un ordenamiento jurídico bien desarrollado, admiten que influencia en el comportamiento del Estado.⁵

En la actualidad, esta teoría ya no cuenta con un gran número de adeptos, al aceptar al DI como una rama del derecho que regula las relaciones internacionales entre sus sujetos.⁶

1. Teorías jurídicas

Una vez que se dejan de lado las teorías “negacionistas” del DI, las teorías jurídicas tradicionales están basadas en la concepción de éste como un sistema de normas objetivas y neutrales que emanan de la voluntad del Estado, siendo estos últimos sus actores fundamentales. Grocio, en su búsqueda de la “cientificación” y secularización del derecho, afirma que el DI no tiene un fundamento teológico, convirtiendo al *ius gentium* en universal (y no propio

⁴ Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, trad. de Marcela Anzola, México, Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 8-11.

⁵ Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010, pp. 132 y 145; Hart, Herbert, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 263-265.

⁶ McDougal, Myres S. *et al.*, “Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, *Faculty Scholarship Series*, Estados Unidos, núm. 2577, 1968, pp. 208-214, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2577.

de las naciones cristianas).⁷ Las normas internacionales, en este paradigma, deben cumplir con el test de validez otorgado por lo que Bianchi denomina un “pedigrí formal”.⁸ Gana importancia, entonces, el concepto de autoridad, sin importar su origen (deidad, presupuestos físicos o el propio ser humano),⁹ ya que es ésta la que le da validez a la norma y, por ende, al sistema.

En vista de la centralidad de la norma, las consideraciones extralegales quedan fuera del análisis jurídico y sus defensores/as rechazan acercamientos teóricos que se consideren “muy alejados de la práctica”.¹⁰ En consecuencia, el trazar fronteras es esencial para el análisis del fenómeno legal, por lo que se construye un sistema de análisis dicotomizado y jerarquizado. Esto acarrea tres consecuencias. La primera hace referencia a la creación de fronteras fijas de normatividad que permiten hablar de “ley” (con carácter obligatorio) y “no ley” (no obligatoria).¹¹ Este presupuesto es fundamental para el positivismo jurídico en el DI, pero no es exclusivo de esta corriente: incluso aquellas vertientes encasilladas en el marco de la ley natural establecen dicotomías. En este último caso, la dualidad está entre un derecho positivo que, según sus críticos, no alcanza a explicar el DI y un “orden natural general que deriva de las regularidades físicas del mundo físico, de la uniformidad de la psique humana o de una deidad omnipotente”.¹²

La segunda consecuencia mencionada por Bianchi es la creación de una frontera esencial entre “lo legal” y “lo no legal”, descartando este último de la actividad judicial. La tercera consecuencia tiene que ver con la metodología para determinar la validez de una norma. En las teorías tradicionales existen criterios de validez dentro del propio DI que están basados en la noción de autonomía del derecho y de rigidez del fenómeno jurídico. Para Bianchi, esta dicotomización se acompaña de un proceso de racionalización y sistematización que busca curar el caos que nace con la existencia de materiales “crudos” (como las sentencias) que no serían propiamente fuentes del DI. Ya que el derecho se presenta como racional, el trabajo de los abogados y

⁷ Grotius, Hugo, *The Rights of War and Peace*, trad. de Archibald Campbell, Nueva York-Londres, M. Walter Dunne, 2014, cap. III.

⁸ Bianchi, Andrea, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016, p. 24.

⁹ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰ Bianchi, Andrea, *op. cit.*, p. 22.

¹¹ *Ibidem*, p. 24.

¹² McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 218.

abogadas es sistematizar ese conjunto de materiales “crudos” para construir un sistema coherente (alejándose de la fragmentación) que permita explicar el mundo exterior.¹³

Dentro de las teorías tradicionales se encuentran, asimismo, aquellas que, aunque sin alejarse del formalismo clásico, intentan extender el alcance teórico del DI. Mediante la analogía con el derecho interno (entendido como el ordenamiento jurídico propio de las democracias liberales), a través de la creación de estructuras cuasiconstitucionales, el internacionalismo constitucional mantiene una jerarquización/verticalización de las normas (por ejemplo, el *ius cogens* es considerado como norma suprema en el ámbito internacional), de los actores internacionales (por ejemplo, la ONU como máxima expresión de una organización supranacional)¹⁴ y de los valores de la comunidad internacional (habrá valores que esta comunidad considera como esenciales y que merecen una protección internacional). El objetivo de estas creaciones es liberar al DI de lo político (entendiendo que este último “puede domesticarse”), sometiendo al mundo a un imperio de la ley limitado (se mantienen el principio de subsidiariedad, la proporcionalidad y el margen de apreciación que da preferencia a lo local frente a lo internacional), y, de esta manera, proteger a las personas de la inseguridad jurídica.

Mediante su proliferación, las cortes internacionales de derechos humanos parecen convertirse en garantías suprajurisdiccionales (y, en algunos niveles, supra-cuasijurisdiccionales) para hacer cumplir esos valores fundamentales de la comunidad internacional.¹⁵ Sobre la importancia del trabajo de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, en el *caso Ahmadou Sadio Diallo*, parece inclinarse por respetar la interpretación que hayan hecho en el marco de sus competencias.¹⁶ Esta idea de una soberanía estatal más humana es uno de los prin-

¹³ Bianchi, Andrea, *op. cit.*, pp. 27, 28 y 30-33; Grotius, Hugo, *op. cit.*; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁴ Klabbers, Jan, “Constitutionalism and the Making of International Law Fuller’s Procedural Natural Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, núm. 5, 2008, pp. 84-112.

¹⁵ Aparicio, Marco y Pisarello, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías”, en Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor (coords.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. Continuidad y cambios*, España, Huygens, 2008; Bianchi, Andrea, *op. cit.*, pp. 49-69.

¹⁶ Corte Internacional de Justicia, *Caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática de Congo)*, 30 de noviembre de 2010, párrs. 66-70.

cipales aportes de esta teoría, pero no llega a matizarse en la realidad frente a las decisiones de estos órganos.

A pesar de la incorporación de nuevos sujetos internacionales, para estas teorías, el Estado sigue siendo un actor fundamental (la persona es un actor importante, pero no son teorías *man-oriented*) y mantienen diferencias (no siempre claras) entre el derecho interno y el DI. La comunidad internacional aparece como un conjunto de Estados separados que sólo trabajan en conjunto para la protección de valores que se consideran fundamentales y que no necesariamente corresponderán con el respeto y garantía de los derechos humanos.¹⁷

Desde la escuela de New Haven, la teoría del proceso transnacional (*transnational legal process*, en inglés) propone una construcción teórica que hace que la línea entre derecho nacional y DI se haga cada vez más borrosa (al igual que en la corriente del derecho administrativo global). Las normas internacionales se cumplen porque existe un proceso de internación que implicaría su domesticación (hacerlas domésticas). Esto podría verificarse, por ejemplo, en los procesos de reconocimiento de derechos en las Constituciones. En este caso, el proceso se logra a través de la interacción de diferentes grupos nacionales que buscan la internación (a través de la adopción o de cierta interpretación de tal o cual norma). Se hablará, entonces, de un solo cuerpo transnacional de normas resultante de un proceso en tres etapas: interacción, interpretación e internación.¹⁸ Adicionalmente, se concreta una tendencia a la interdisciplinarietà (que se consolidará en las corrientes críticas), a través del uso de herramientas metodológicas extrajurídicas y permitiendo una fertilización cruzada con otras ramas del conocimiento. Sin embargo, se mantienen rasgos de las corrientes más tradicionales, como son el énfasis en el Estado y el normativismo.

Para estas teorías tradicionales, en el DI antiguo o primitivo, la pregunta de por qué se debe obedecer/cumplir con las normas internacionales recibe una respuesta fundada en razones “semiteológicas”. Posteriormente, surge una respuesta que pone énfasis en el carácter volitivo del DI: el Estado cumplirá con aquellas normas en cuyo proceso de formación manifestó su voluntad (positivismo).¹⁹ La voluntad del Estado es esencial y se evidencia

¹⁷ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 224 y 227-250.

¹⁸ Bianchi, Andrea, *op. cit.*, pp. 91-109; Koh, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 106, núm. 8, 1997, pp. 2645 y 2646.

¹⁹ Grotius, Hugo, *op. cit.*; Koh, Harold, *op. cit.*, pp. 2603-2606 y 2608.

la tendencia estatal de mantener cierta soberanía en la implementación del DI, incluso al tratarse de sentencias internacionales de carácter obligatorio.²⁰ En este marco entra la teoría del consentimiento, que está fundamentada en la idea de que los Estados están obligados a cumplir con aquello a lo que libremente se comprometieron. Este fundamento acompaña las principales teorías clásicas del DI a lo largo del siglo XVII y hasta principios del siglo XX. De igual manera, es posible encontrarlo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 26) al recoger el principio de *pacta sunt servanda*. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso del S. S. “*Lotus*”, recogió este planteamiento, al señalar que las reglas que obligan a los Estados emanan de su propia voluntad.²¹ Pero esta teoría no explica el porqué de ese cumplimiento, sino que presume que toda norma internacional será cumplida.

2. Teorías de las relaciones internacionales

La interacción de las relaciones internacionales (en adelante, las “RI”) y el derecho no llega a ser un diálogo realmente interdisciplinario constante, sino que hay esfuerzos esporádicos que se enfocan en áreas relativas al diseño legal e institucional, a la complejidad de los regímenes (lo que en la doctrina legal corresponde a la fragmentación del DI) y al cumplimiento y eficacia del DI.²² En cuanto a las teorías de las RI sobre el DI, la mayoría de éstas enfocan su estudio en la actuación del Estado sin poner énfasis en el rol de los tribunales internacionales en el cumplimiento.²³ En este apartado se presenta una revisión de las principales teorías de las RI, explicando su postura frente al cumplimiento del DI.

Por un lado, el realismo propugna que el Estado es el principal actor en el plano internacional y se le concibe como un ente racional. Y, como tal,

²⁰ Palombino, Fulvio María, “Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, núm. 75, 2015, pp. 506, 507 y 510.

²¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso del S. S. “Lotus”*, 7 de septiembre de 1927.

²² McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 122.

²³ Velasco, Shelom, “The Inter-American Court of Human Rights: Emerging Patterns in Judgment Compliance”, *Thesis and Dissertations*, Bloomington, núm. 29, 2016, pp. 30-43, disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=etd>.

éste siempre elegirá aquellas conductas que aseguren su supervivencia y su crecimiento, entendidos como sus principales intereses.²⁴ En consecuencia, el DI tiene poca o casi nula influencia en la conducta de los Estados, ya que éstos cumplen con sus obligaciones cuando es funcional para alcanzar sus intereses (su supervivencia y su crecimiento, entendidos como una acumulación de poder en el marco de la comunidad internacional).²⁵ Guzmán, por su lado, afirma que los neorrealistas ven al DI como un “epifenómeno”, ya que su cumplimiento es una mera coincidencia entre éste y los intereses de los Estados.²⁶

Para los neorrealistas o realistas funcionales, la sociedad internacional es anárquica y los compromisos internacionales, siempre que no representen un interés para el Estado, se les cumple a través de la fuerza.²⁷ Esta afirmación encuentra su principal falencia en que, en las relaciones diarias de la comunidad internacional, el recurso a estos métodos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales no es la regla general, sino que es una excepción. En su extremo, esta teoría puede llegar a ser negacionista al no reconocer el carácter de derecho del DI por no contar con mecanismos de ejecución forzada. Así, no es la fuerza del DI lo que los obliga: Velasco llega a afirmar que las instituciones internacionales no reflejan más que los intereses de los Estados más poderosos,²⁸ anulando así la noción de una verdadera cooperación internacional. En este sentido, Engstrom señala que, según el realismo, el DI funcionará si los Estados más poderosos impulsan su cumpli-

²⁴ Barbé, Esther, *Relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 60-65; Guzmán, Andrew T., *How International Law Works?*, Reino Unido, Oxford University Press, 2010, pp. 16 y ss.; Velasco, Shelom, *op. cit.*, pp. 31-33.

²⁵ Koh, Harold, *op. cit.*, p. 2632; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; Raustiala, Kal y Slaughter, Anne-Marie, “International Law, International Relations and Compliance (Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2)”, en Carlnaes, Walter *et al.* (eds.), *The Handbook on International Relations*, Londres-Thousand Oaks-Nueva Delhi, Sage Publications, 2002, pp. 538-555.

²⁶ Guzmán, Andrew T., “A Compliance-Based Theory of International Law”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 90, núm. 6, 2002, pp. 1837 y 1838.

²⁷ Beltrán-Cristancho, Mauricio, “El derecho internacional y las relaciones internacionales en el siglo XX”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 4, núm. 2, marzo de 2010, pp. 53, 54 y 61; Salomón, Mónica, “La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia y aproximaciones”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, España, núm. 4, 2002, p. 3.

²⁸ Velasco, Shelom, *op. cit.*, pp. 31-33.

miento.²⁹ Como afirma Hathaway, en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, el respeto y garantía de los derechos humanos sería una mera coincidencia³⁰ y no el resultado de una real voluntad del Estado.

Sin embargo, una vertiente matizada establece que, incluso en el ámbito de los derechos humanos, los Estados cumplen con sus obligaciones a través de la coerción o presión que ejercen los Estados más poderosos sobre aquellos menos poderosos. En un mundo extremadamente polarizado, como el de la Guerra Fría, la presencia de un “hegemón” podría tener un impacto en el cumplimiento de las decisiones de los tribunales. No obstante, en una realidad con una multipolaridad, la presión de estas grandes potencias no tendría tanto peso al encauzar el cumplimiento de las obligaciones. Cabe hacer una crítica de la aplicación de este enfoque al trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa deberá ser aceptada por los Estados, mediante la declaración mencionada en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado más poderoso en las Américas es, incontestablemente, Estados Unidos, quien no es parte de la Convención. Siguiendo estrictamente el enfoque de la hegemonía y poder de ciertos Estados, no le será posible a éste ejercer presión sobre el resto de los países (menos poderosos) al no formar parte del subsistema de la Convención. Es así como esta teoría encuentra una falencia en el caso concreto de los sistemas de protección de derechos.

Guzmán propone una explicación para el cumplimiento del DI que recoge elementos de varias teorías antes descritas. El autor asume tres elementos con relación a los Estados: son entes racionales; actúan en función de sus intereses (sin que importe el proceso interno de definición de esos intereses), y están conscientes del impacto del DI en su comportamiento. Para que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales, es preciso que exista un sistema que implique una sanción por incumplimiento. Este sistema que el autor propone debe incluir un mecanismo de sanciones materiales, así como “costos reputacionales” que afectarían la capacidad del incumplidor de llegar

²⁹ Engstrom, Par, “Human Rights: Effectiveness of International and Regional Mechanisms”, *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, Reino Unido, International Studies Association-Oxford University Press, diciembre de 2017, p. 5, disponible en: <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-214?rskey=4nfRUQ&result=1>.

³⁰ Hathaway, Oona A., “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 111, núm. 8, 2002, pp. 1945 y 1946.

a acuerdos futuros.³¹ Las sanciones materiales serán fijadas por los propios Estados o por tribunales internacionales con dicha facultad. En el primer escenario, siempre quedará la duda sobre qué sanciones impondrá la parte afectada y, en el segundo, los tribunales serán quienes determinen la sanción adecuada correspondiente. En este sentido, Poertner señala que en el derecho internacional de los derechos humanos no existen realmente incentivos y sanciones que pudieran presionar a los Estados a cumplir con sus obligaciones (sin importar la fuente de la cual provengan).³² Asimismo, concluye Hathaway en su artículo sobre la importancia de los tratados de derechos humanos: el derecho internacional de los derechos humanos es un área en la que los Estados tienen pocos incentivos para monitorear el incumplimiento de las normas.³³

Con respecto a los “costos reputacionales”, la reputación del Estado tendría un valor que se vería afectado al incumplir con sus obligaciones. Para Guzmán, los Estados con “mejores reputaciones” tienen la posibilidad de acceder a mejores y futuros acuerdos en el marco de la comunidad internacional,³⁴ lo que impulsaría al cumplimiento del DI al configurarse como un interés del Estado. Para la valoración sobre los costos y beneficios del incumplimiento, se deberá tener en cuenta, según el autor, cuatro elementos: la gravedad de la violación; las razones para la violación; la claridad de la obligación y de la violación, y el conocimiento que el Estado tenía sobre su incumplimiento.³⁵ Sobre este punto concuerda Dothan en su estudio sobre los mecanismos que incrementan la legitimidad de los tribunales internacionales.³⁶

El incumplimiento implicaría, entonces, una inconsistencia entre los intereses del Estado y el contenido de las normas internacionales, incluidas las sentencias emitidas por tribunales internacionales.³⁷ Esta teoría parecería

³¹ Guzmán, Andrew T., “A Compliance-Based Theory...”, *op. cit.*, pp. 1840-1846.

³² Poertner, Mathias, *op. cit.*, p. 10.

³³ Hathaway, Oona A., *op. cit.*, p. 1938.

³⁴ Guzmán, Andrew T., “A Compliance-Based Theory...”, *op. cit.*, p. 1855; Guzmán, Andrew T., *How International Law...*, *cit.*, pp. 179-219.

³⁵ Guzmán, Andrew T., “A Compliance-Based Theory...”, *op. cit.*, pp. 1861 y 1862.

³⁶ Dothan, Shai, “How International Courts Enhance their Legitimacy”, *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv, vol. 14, núm. 2, 2013, p. 459.

³⁷ Elvy, Stacey-Ann, “Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union’s Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Estados Unidos, vol. 41, núm. 1, 2012, pp. 75-155; Velasco, Shelom, *op. cit.*, pp. 31-33.

no tener una respuesta en el caso de los tribunales de derechos humanos, ya que no están claros los beneficios que obtendría el Estado al cumplir con las medidas de reparación ordenadas. Sin embargo, siguiendo el planteamiento de Guzmán, los costos reputacionales del incumplimiento, el oprobio de sus contrapartes, deben ser tenidos en cuenta por parte del Estado al momento de decidir cumplir o no cumplir con sus obligaciones. En este sentido, continuando con el argumento de Guzmán, los beneficios de cumplir con estas sentencias serán reflejados al ser un Estado con un nivel de cumplimiento alto frente a la comunidad internacional, obteniendo ciertos beneficios.³⁸

Por otro lado, el institucionalismo es otra de las corrientes que aborda el cumplimiento del DI y, en tal tarea, comparte con el realismo algunos de sus postulados. Por un lado, el institucionalismo mantiene que el Estado, concebido como ente racional, sigue siendo uno de los actores fundamentales y busca su supervivencia en un mundo caótico. Pero, a diferencia de los realistas, los institucionalistas sí consideran que es posible alcanzar la cooperación internacional, ya que puede llegar a ser un interés de los Estados y, por tanto, buscarán encaminar sus actuaciones a alcanzarla. Ellos afirman, asimismo, que las instituciones (normas, prácticas y procesos de toma de decisiones que modifican expectativas) ayudan a alcanzar esa cooperación y pueden influenciar el comportamiento del Estado (principal diferencia con el realismo).³⁹

Para esta corriente, el incumplimiento surge de la ineficacia de las instituciones internacionales en su intento de influenciar a los Estados para que cumplan con sus obligaciones internacionales, incluso alejándose de un comportamiento visto como racional.⁴⁰ En esta teoría se plantea la existencia de costos reputacionales que afectan el cumplimiento a largo plazo y de sanciones directas que afectan el cumplimiento a corto plazo.⁴¹ Su aplicación al caso del contencioso internacional en materia de derechos humanos es poco factible, pues una de las falencias de esta teoría es que no tiene en cuenta a los actores internos (factor doméstico) ni al tribunal que emite la sentencia como factores que pueden explicar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del Estado. En materia de derechos humanos, el rol de las víctimas es esencial para el cumplimiento de las medidas de reparación or-

³⁸ Guzmán, Andrew T., *How International Law...*, cit., p. 212.

³⁹ Velasco, Shelom, *op. cit.*, pp. 33-35; Voeten, Erik, *op. cit.*, pp. 426 y 427.

⁴⁰ Engstrom, Par, *op. cit.*, p. 6; Guzmán, Andrew T., *How International Law...*, cit., pp. 205-207; McDougal, Myres S. et al., *op. cit.*, p. 113; Velasco, Shelom, *op. cit.*, p. 40.

⁴¹ Velasco, Shelom, *op. cit.*, p. 34.

denadas. Éstas son las destinatarias de la reparación y, como tal, deben tener un rol activo en la implementación de las medidas.

Por otro lado, para el liberalismo (y el neoliberalismo), el Estado, al igual que en las teorías anteriores, es un ente racional que sigue siendo el actor principal en el plano internacional. Sin embargo, existe la posibilidad de un orden mundial pacífico basado en la cooperación internacional y en consideraciones de justicia. El imperio del derecho es la única solución en un mundo caótico y anárquico; pero las normas que lo componen deben ser objetivas y concretas.⁴² Esta teoría pone un especial énfasis en el rol de las organizaciones internacionales en la cooperación y solución pacífica de los conflictos que surgen del incumplimiento de los Estados. A diferencia de las posiciones anteriores, el comportamiento del Estado está determinado por actores políticos y procesos internos, quienes dibujan sus intereses⁴³ y que ponen en crisis la supuesta soberanía y el poderío absoluto del Estado en las RI. Así, los intereses de actores no estatales se proyectan en las RI y en el rol del Estado en ese entramado.⁴⁴

En lo referente a las razones por las cuales los Estados cumplen con el DI, el liberalismo (y el neoliberalismo, en parte) pone énfasis en las dinámicas internas de grupos no estatales: el cumplimiento del DI se debe a una estructura interna y a sus defensores. El incumplimiento será el resultado de un fracaso de los actores nacionales en su intento de impulsar el cumplimiento de las obligaciones internacionales como un interés estatal.⁴⁵ En este contexto, propugnan que la democracia es un pilar fundamental en la cooperación internacional para la paz, el bienestar, la justicia y el cumplimiento del DI.⁴⁶ Para Koh, las democracias liberales consolidadas serán menos proclives al conflicto y trabajarán de manera colaborativa a fin de crear un orden mundial pacífico.⁴⁷ Una de las falencias de esta teoría es que el DI no cuenta con mecanismos para medir o controlar esa influencia de los actores internos no estatales. Una de las fortalezas de esta teoría es que sirve para entender los procesos de creación, diseño y funcionamiento de los tribunales internacionales y de la implementación de las medidas de reparación, con participación (o, por lo menos, consideración) de las víctimas.

⁴² McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 148.

⁴³ *Ibidem*, pp. 113 y 114; Velasco, Shelom, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁴ Koh, Harold, *op. cit.*, p. 2633.

⁴⁵ Salomón, Mónica, *op. cit.*, p. 5; Velasco, Shelom, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁶ Hathaway, Oona A., *op. cit.*, p. 1953; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁷ Koh, Harold, *op. cit.*, p. 2633.

Por otro lado, entre lo que Hathaway llama “corrientes normativas”,⁴⁸ se encuentra el modelo de la legitimidad (*fairness model*) (que, podría afirmarse, toma elementos del neorracionalismo y del neoliberalismo). Se presume que los Estados sólo cumplirán aquella obligación que esté contenida en una norma que sea el resultado de un proceso previamente establecido y válido. Para Franck, existen cuatro factores que determinarán el cumplimiento de la obligación internacional: la claridad de la norma que contiene la obligación; la validación simbólica (a través de la presencia de rituales o prácticas que le darán validez); la coherencia (relación entre principios racionales y la norma que contiene la obligación), y la adherencia (en relación con la conexión entre la norma y las normas secundarias que se usan para aplicarla e interpretarla).⁴⁹ Con respecto a esto, la crítica que Guzmán presenta tiene que ver con el hecho de que Franck no dilucida realmente cuál es el efecto que tiene la legitimidad sobre por qué los Estados cumplen sus obligaciones. Para Guzmán, lo que falta es un nexo causal entre la legitimidad de la norma y su cumplimiento.⁵⁰ Hathaway menciona que, en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, el elemento fuerte es la validación simbólica⁵¹ de una supuesta universalidad, si no de los derechos en sí, de la existencia de unos valores supremos que la comunidad internacional considera como obligatorios para todos sus miembros.

El constructivismo, a diferencia de las corrientes anteriores, se enmarca en una concepción no racionalista del DI. A pesar de ser todavía un actor fundamental, el Estado no tiene intereses preexistentes que direccionan su comportamiento, sino que éstos se crean a través de su interacción con otros actores nacionales e, incluso, internacionales. El enfoque de estos teóricos es el contexto social de cada uno de los Estados.⁵² Así, el rol de los actores no estatales es fundamental, ya que son éstos quienes influyen directamente la formación del DI, empujando el cumplimiento de sus propios objetivos. En este sentido, tanto el cumplimiento como el incumplimiento de las obli-

⁴⁸ Estas corrientes están basadas en la concepción de que ni el realismo ni el liberalismo ni el institucionalismo toman en cuenta el valor persuasivo que tienen las normas. Véase Hathaway, Oona A., *op. cit.*, pp. 1955-1960.

⁴⁹ Franck, Thomas, “Legitimacy in the International System”, *The American Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 82, núm. 4, 1988, pp. 705-759; Raustiala, Kal y Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, p. 540.

⁵⁰ Guzmán, Andrew T., “A Compliance-Based Theory...”, *op. cit.*, pp. 1834 y 1835.

⁵¹ Hathaway, Oona A., *op. cit.*, p. 1959.

⁵² Salomón, Mónica, *op. cit.*, p. 40.

gaciones, así como las RI en sí, son socialmente construidos.⁵³ Por ende, el incumplimiento se deberá, en palabras de Velasco, a una débil construcción social que no logró posicionar al cumplimiento de las obligaciones internacionales como un eje fundamental de las RI del Estado.⁵⁴

Todas las corrientes mencionadas aceptan la existencia de actores que influyen el cumplimiento de las obligaciones del Estado, pero cada una de ellas les otorga mayor o menor peso; sin embargo, casi no ponen énfasis en el rol de los propios tribunales internacionales. Para el realismo, las cortes internacionales no cuentan con un poder independiente y, por ende, no pueden obligar al Estado a cumplir con sus decisiones. El institucionalismo nunca pone en entredicho la soberanía del Estado y la voluntad de éste al momento de decidir acatar o no las decisiones de las cortes internacionales. Por su parte, el liberalismo y el constructivismo, si bien admiten que las instituciones internacionales pueden influenciar el comportamiento del Estado, proponen que las cortes internacionales no pueden influenciar las interacciones entre el Estado y los actores no estatales; ponen énfasis en las relaciones entre estos dos últimos, y no toman en cuenta las relaciones que pueden existir con las cortes.⁵⁵

Frente a estas teorías clásicas, existe una serie de acercamientos críticos desde las teorías feministas, poscoloniales, ecologistas, entre otras, que ponen en duda las concepciones realistas e institucionalistas sobre el poder y el rol del Estado frente al DI.⁵⁶ En la sección siguiente se pone énfasis en dos corrientes teóricas y su acercamiento al porqué del cumplimiento del DI.

III. NUEVOS ENFOQUES TEÓRICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. *Los Critical Legal Studies*

Los Estudios Legales Críticos o Critical Legal Studies (CLS, por sus siglas en inglés) nacieron en Estados Unidos, en la década de 1970, como una crítica

⁵³ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁴ Velasco, Shelom, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 39-43.

⁵⁶ Bianchi, Andrea, *op. cit.*, pp. 183-310; Salomón, Mónica, *op. cit.*, pp. 23-37.

a las teorías jurídicas dominantes y como un proceso de reivindicación de luchas sociales propias de esa década y la anterior.⁵⁷ Para Molina Ochoa, “los crits son el producto de una generación que creció con las esperanzas emancipadoras y revolucionarias de los sesenta, pero que se volvió escéptica frente al papel transformador que podían tener ciertas instituciones jurídicas como los derechos humanos o el Estado de derecho”.⁵⁸

Los CLS abarcan diversas propuestas teóricas sin llegar a constituirse como una propuesta teórica independiente y englobante. A pesar de que Russell ensaya una división dentro de los CLS en tres escuelas (la Escuela de Frankfurt de Marxismo crítico; la del Marxismo científico u ortodoxo, y la Escuela de la Perspectiva de las Ciencias Sociales), llega a afirmar que lo que les une es una oposición común a las corrientes tradicionales vigentes.⁵⁹ Concuera Núñez Vaquero al afirmar que lo que tienen en común los doctrinarios/as de los CLS es un “antagonismo compartido”,⁶⁰ principalmente ante el positivismo (liberalismo jurídico) y el realismo (a pesar de que de éste obtienen ciertas categorías de análisis).

Más allá de las diferencias entre los distintos abordajes teóricos, existen puntos coincidentes,⁶¹ como se presenta a continuación. Los CLS están basados en una crítica a la supuesta neutralidad y objetividad del derecho. En palabras de McDougal, Lasswell y Reisman, el “derecho es político”⁶² y, por lo tanto, los CLS se oponen a la idea de una aplicación mecánica y objetiva del derecho.⁶³ Las sentencias ya no son “textos immaculados”,⁶⁴ sino que son

⁵⁷ Molina Ochoa, Andrés, “Estudios críticos del derecho”, en Fabra Zamora, Jorge y Núñez Vaquero, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 1, pp. 440 y 441, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/15.pdf>.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 442.

⁵⁹ Miljiker, María Eva, “Duncan Kennedy y la crítica a los derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 92; Russell, J. Stuart, “The CLS Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy”, *Ottawa Law Review*, Ottawa, núm. 18, 1986, pp. 1, 4, 5 y 9.

⁶⁰ Núñez Vaquero, Álvaro, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, núm. 26, 2010, p. 418.

⁶¹ Hunt, Alan, “The Theory of Critical Legal Studies”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Reino Unido, vol. 6, núm. 1, 1986, pp. 1-45.

⁶² Frankenberg, Günter, “Teoría crítica”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año IX, núm. 17, 2011, p. 79; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 135.

⁶³ Miljiker, María Eva, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁶⁴ Molina Ochoa, Andrés, *op. cit.*, p. 443.

el resultado de un razonamiento jurídico que está permeado por el bagaje cultural y las ideas preconcebidas de los operadores de justicia. La doctrina legal es un mal ensayo de una racionalización de la realidad donde ocurren los hechos. Esto, para los CLS, permite configurar una herramienta política de litigio estratégico. Los CLS retomaron del realismo jurídico la noción de la indeterminación de la norma jurídica.⁶⁵ Los realistas ya propugnaban, como se mencionó anteriormente, que la norma no es objetiva, sino que un mismo postulado puede resultar en interpretaciones diferentes e, incluso, contradictorias. Sin embargo, a diferencia de esta corriente, los CLS fundamentan esta indeterminación no sólo en las propias falencias del lenguaje, sino también en una contradicción fundamental.⁶⁶

En lo que respecta al DI, los CLS no han ahondado en el porqué de su cumplimiento (o incumplimiento), sino que se han enfocado en su naturaleza y objeto. Por un lado, al igual que para el derecho interno, los CLS se oponen al positivismo en el DI y su “campo de batalla” son las fuentes del DI.⁶⁷ Para McDougal, Lasswell y Reisman, los CLS han aportado a nivel conceptual, metodológico y estratégico a esta rama del derecho. En este sentido, han resaltado la importancia de la cultura para entenderlo y cuestionan el carácter absoluto de la soberanía estatal.⁶⁸ Desde lo estratégico, los CLS presentan proyectos radicales de cambio del DI; sin embargo, desde lo metodológico, mantienen códigos binarios para su estudio y consideran al Estado como unidad fundamental de análisis (características de las corrientes tradicionales del pensamiento jurídico).⁶⁹

A pesar de sus evidentes aportes, a los CLS se les critica que pasaron por una etapa de destrucción de categorías tradicionales, pero no aportaron una solución al sistema jurídico moderno. Para Molina Ochoa, los CLS son una “teoría dedicada al diagnóstico”.⁷⁰ Concuerda Miljiker al afirmar que los CLS implican una pérdida de fe en el discurso jurídico sin proponer una nueva fe.⁷¹

⁶⁵ Miljiker, María Eva, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁶ Núñez Vaquero, Álvaro, *op. cit.*, pp. 418 y 419; Russell, J. Stuart, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

⁶⁷ Carty, Anthony, “Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law”, *European Journal of International Law*, Florencia, vol. 2, núm. 1, 1991, p. 1, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/2/1/2026.pdf>; Frankenberg, Günter, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁸ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁹ Carty, Anthony, *op. cit.*

⁷⁰ Molina Ochoa, Andrés, *op. cit.*, p. 452.

⁷¹ Miljiker, María Eva, *op. cit.*, p. 96.

En lo que atañe a este ensayo, es importante rescatar de los CLS la valoración del trabajo argumentativo de los/as jueces/zas y la inclusión de consideraciones extralegales como parte de la actuación de los tribunales de derechos humanos. En este sentido, las medidas de reparación ordenadas responderán a un balance entre la norma y la realidad, teniendo en cuenta las particularidades de las víctimas. Sin embargo, como ya se mencionó en párrafos anteriores, estas corrientes no brindan una respuesta a la pregunta de por qué los Estados cumplirían con estas obligaciones. Adicionalmente, a pesar de brindar un espacio a nuevos actores, los CLS todavía presentan un escenario Estado-céntrico del DI.

2. *Los TWAIL*

Los Acercamientos del Tercer Mundo al Derecho Internacional o Nuevos Enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional (o TWAIL, por sus siglas en inglés)⁷² surgieron en la década de 1950 con la llegada de la última ola de independencias después de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de su larga trayectoria, aún permanece una discusión sobre si los TWAIL corresponden a una teoría o a una metodología de análisis. Para McDougal, Lasswell y Reisman, Eslava y Pahuja, los TWAIL no son un método ni una teoría, sino un “grupo estratégico comprometido políticamente [y] definido por un grupo común de preocupaciones” (traducción propia).⁷³

Por su parte, Okafor manifiesta que, si se entiende que una teoría describe un fenómeno natural o social a través de un método, los TWAIL describen el DI de forma “predecible, lógica y comprobable”: buscan predecir, de forma lógica, cómo el DI actuará en relación con el tercer mundo (sur global) y sus necesidades. Los TWAIL proponen, según el autor, diferentes marcos y modelos a través de los cuales buscan entender un fenómeno (DI), convirtiéndose en un conjunto de teorías que conforman una escuela de pensamiento.⁷⁴

⁷² Si bien existe una crítica a la noción tradicional de “tercer mundo”, se puede afirmar que, actualmente, hace referencia al sur global.

⁷³ Eslava, Luis y Pahuja, Sundhya, “Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law”, *Trade, Law and Development*, Jodhpur, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 104; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 206.

⁷⁴ Frankenberg, Günter, *op. cit.*, p. 81; Okafor, Obiora Chinedu, “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL). Theory, Methodology, or Both?”, *International Community Law Review*, Países Bajos, vol. 10, núm. 4, 2008, pp. 372-377.

Bianchi, incluso, los incluye en su libro referente a las teorías sobre DI como una de las nuevas teorías relativas a esta rama del derecho.⁷⁵

Mediante un desafío a la narrativa dominante y hegemónica, los TWAIL forman una red heterogénea, policéntrica y dispersa que puede ser calificada como un grupo “sólidamente unido”.⁷⁶ En el centro está la oposición a un sistema legal injusto que no toma en cuenta las necesidades del sur global, conformándose así en un “movimiento de coalición para combatir [su] impotencia y victimización”.⁷⁷

De manera académica, es posible hacer dos clasificaciones de los TWAIL. La primera de ellas es de carácter histórico y presenta dos o tres TWAIL. Los TWAIL I nacieron en la década de 1950 y se desarrollan hasta la década de 1980. Con el fin de la época colonial, el abordaje está basado en la existencia de nuevos Estados independientes que buscan un DI compuesto por reglas más equitativas. Estos TWAIL están conformados no sólo por académicos, sino también por activistas que ponen consideraciones de orden moral y ético en el centro de la discusión. Por su parte, los TWAIL II se consolidan en la década de 1990 y están centrados en las nuevas formas de hegemonía que se han generado y buscan transformar el sistema internacional liberal. Los TWAIL II están compuestos por un gran número de académicos que se enfocan en temas epistemológicos y los procesos de toma de decisiones. Finalmente, para McDougal, Lasswell y Reisman, existe un TWAIL III, que ha tomado fuerza desde el siglo XXI, que es más flexible y enfoca su crítica en la historia de formación del DI y en sus promesas incumplidas, sin perder fe en su poder de cambio.⁷⁸

La segunda clasificación de los TWAIL tiene que ver con la función que se otorga al DI para alcanzar los objetivos planteados anteriormente. Así, existe un sector conservador que no encuentra un enfrentamiento radical entre el derecho y el sistema, ya que, en palabras de Eslava y Pahuja, la

⁷⁵ Bianchi, Andrea, *op. cit.*

⁷⁶ Frankenberg, Günter, *op. cit.*, p. 81; McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 206; Thuo Gathii, James, “TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography”, *Trade, Law and Development*, Jodhpur, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 34.

⁷⁷ Mutua, Makau, “What Is TWAIL?”, *Proceedings for the ASIL 94th Annual Meeting*, Reino Unido, vol. 94, 2000, p. 37; Ramina, Larissa, “TWAIL – «Third World Approaches to International Law» and Human Rights: Some Considerations”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, núm. 1, 2018, p. 263.

⁷⁸ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, pp. 210-216 y 223-225.

justicia no es su preocupación inmediata o se encuentran en una “zona de confort”, en la cual se sienten cómodos. Para este grupo, el DI requiere reformas mínimas, pues las promesas que éste trae podrán solucionar los problemas del sur global. Otro sector es el reformista, cuya propuesta se centra en cambios sustanciales que, sin embargo, no implican la destrucción del sistema internacional como tal. Los TWAIL de este sector son, para los autores, “progresistas estratégicos” o “pragmáticos comprometidos”. Finalmente, el sector revolucionario considera que el sistema legal actual no trae consigo justicia y busca una destrucción total del DI tal y como está concebido. Eslava y Pahuja los clasifican como “idealistas comprometidos” o “visionarios confrontativos”.⁷⁹

Los TWAIL, entonces, son un conjunto de acercamientos teóricos y prácticos al DI que están fundados en la búsqueda de una “resistencia frente a la proyección de autoridad militar, cultural y económica” que afecta directamente al sur global.⁸⁰ En su seno hay una diversidad de voces que imposibilita hablar de un solo TWAIL; pero, a pesar de la existencia de este “coro de voces”,⁸¹ existen ciertos fundamentos en los cuales se basan los acercamientos teóricos.

El primero de ellos es el reconocer que, a pesar de que el DI se presenta como universal, es eurocéntrico (esta afirmación es compartida por autores clásicos como Shaw y Herdegen);⁸² además, al estar basado en complejos de superioridad del llamado primer mundo, crea un sistema jerárquico basado en la construcción de la otredad, que se traduce en la consolidación de “formas hegemónicas de poder en el DI”⁸³ que buscan o que resultan en la opresión del sur global. Otro elemento coincidente de los TWAIL es considerar al colonialismo y su legado como una de las herramientas para favorecer el control de algunos Estados frente a países del sur global. La pobreza y el mal llamado subdesarrollo serían consecuencias directas del proceso de colonización.⁸⁴ Otro elemento de estudio es la normativa, concebida como una herramienta para impulsar intereses dominantes.

⁷⁹ Eslava, Luis y Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁸⁰ Thuo Gathii, James, *op. cit.*, p. 36.

⁸¹ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 207.

⁸² Herdegen, Matthias, *op. cit.*, pp. 14-26; Shaw, Malcom N., *International Law*, 6a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2008, pp. 27-31.

⁸³ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁴ Eslava, Luis y Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, p. 105; Thuo Gathii, James, *op. cit.*, p. 38.

Al igual que en ciertas corrientes tradicionales, los TWAIL critican la indeterminación de esa norma. Asimismo, ellos señalan que el derecho no es apolítico y que las fronteras entre lo político y la norma deben eliminarse para entender el fenómeno jurídico como un instrumento de cambio.⁸⁵ Frente a esto, se reconoce que los desbalances de poder y las inequidades que afectan al mal llamado tercer mundo influyen en la forma en que se producen y desarrollan los conceptos tradicionales del DI. En función de esto, Eslava y Pahuja señalan que es preciso rediseñar no sólo conceptos, sino también espacios en los que tradicionalmente se creía que el DI no tenía cabida.⁸⁶ Así, según Mutua, los TWAIL tienen tres objetivos: el primero es entender y deconstruir el DI concebido como un “medio para la creación y perpetuación de un sistema jerarquizado de normas e instituciones que subordinan a los no europeos”; el segundo es construir una alternativa para la gobernanza, y el tercero es colaborar para la erradicación del “subdesarrollo” del sur global.⁸⁷

Es posible concluir que los TWAIL consideran al DI como “prácticas concretas que se expresan en el mundo material, así como un proyecto normativo o ideológico” (traducción propia).⁸⁸ El DI tiene presencia en el día a día y es preciso concebirlo como una herramienta para la “construcción o reconstrucción de lugares, sujetos y modelos de administración”.⁸⁹ En este sentido, el DI se convierte en un campo de batalla para lograr cambios sustanciales en las comunidades y pueblos del llamado tercer mundo. Sin embargo, en muchas de las discusiones académicas de TWAIL, las cuestiones sobre la naturaleza del DI están prácticamente ausentes de manera directa, aunque de manera indirecta hay alusiones a estos temas.

Desde los TWAIL, incluso el derecho internacional de los derechos humanos está basado en “una retórica y un corpus arrogante eurocéntrico”,⁹⁰ que impide establecer claramente la relación entre universalidad y particularidad. En este sentido, los derechos humanos no son ni objetivos ni apolíticos, sino que, en palabras de Ramina, se convierten en una forma de “im-

⁸⁵ Frankenberg, Günter, *op. cit.*, pp. 81-83.

⁸⁶ Eslava, Luis y Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, pp. 109-111.

⁸⁷ Mutua, Makau, “What Is...”, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸ Eslava, Luis y Pahuja, Sundhya, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 123-125.

⁹⁰ Mutua, Makau, “What Is...”, *op. cit.*, p. 36.

poner estándares europeos”⁹¹ a través de la “metáfora del salvaje, la víctima y el salvador”.⁹² Incluso, los mecanismos supranacionales de protección de derechos humanos, como los creados en el marco de la ONU,⁹³ ayudarían a consolidar estas prácticas de imposición de criterios eurocéntricos. Estos criterios, se podría afirmar, están plasmados en la determinación de la responsabilidad del Estado, así como en las obligaciones impuestas como mecanismos de reparación de las violaciones.

A pesar de que se admite que esta corriente de pensamiento está centrada en la persona, los pueblos y sus necesidades, el Estado, al igual que en las corrientes teóricas tradicionales, sigue siendo un actor fundamental y objeto principal de estudio. Sin embargo, cabe señalar que existe un cambio esencial en el rol que éste tiene en relación con las personas.⁹⁴ Esto se traduce, a nuestro parecer, con la concepción del Estado como titular de obligaciones frente a la persona.

Así, a través de los planteamientos de los TWAIL, es posible abordar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado contenidas en las sentencias de los tribunales de derechos humanos como un instrumento de lucha en el día a día que permite deconstruir conceptos y lugares con el fin de responder a las necesidades de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. El DI ya no es una burbuja lejana, impuesta, sino que se construye con las víctimas, los usuarios/as de los tribunales y los titulares de obligaciones (Estados). Sin embargo, no es posible determinar por qué los Estados cumplirían con las sentencias provenientes de los tribunales de derechos humanos.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de este artículo, se planteó una breve revisión del abordaje del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado desde las dife-

⁹¹ Ramina, Larissa, *op. cit.*, p. 264.

⁹² Mutua, Makau, “Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, vol. 42, núm. 1, 2001, pp. 201-245.

⁹³ McDougal, Myres S. *et al.*, *op. cit.*, p. 207; Mutua, Makau, “What Is...”, *op. cit.*, pp. 31-37; Ramina, Larissa, *op. cit.*, p. 263; Thuo Gathii, James, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁴ Mutua, Makau, “What Is...”, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

rentes corrientes teóricas del DI. En lo que respecta a las teorías que se han denominado como tradicionales, las propuestas están basadas en un modelo Estado-céntrico. Al intentar explicar por qué el Estado cumple con sus compromisos internacionales, sea cual sea la fuente de la que provengan, no llegan a una conclusión clara o presentan explicaciones basadas meramente en la voluntad de los Estados. Esto se refleja no sólo en las teorías jurídicas, sino también en las que abordan el tema desde las RI.

Entre las que hemos llamado nuevas teorías del DI, se encuentran los Critical Legal Studies y los Acercamientos del Tercer Mundo al Derecho Internacional (o Nuevos Enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional). Si bien éstos proponen una ruptura con la visión tradicional de estudio de esta rama del derecho, mantienen algunas de las categorías analíticas de las corrientes más tradicionales. Por ejemplo, el Estado sigue siendo un actor importante en el marco y, en algunas subcorrientes, el modelo racionalista sigue siendo predominante. Estas corrientes no han puesto énfasis en la discusión teórica sobre el porqué del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Se ha observado que las principales corrientes filosófico-teóricas relativas al DI no han brindado una respuesta tajante sobre las razones que explicarían la adecuación del comportamiento estatal a sus obligaciones internacionales, especialmente en lo que respecta a aquellas ordenadas por los tribunales internacionales de derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALTER, Karen, “Agents or Trustees? International Courts in their Political Context”, *European Journal of International Relations*, Nueva York, vol. 14, núm. 1, 2008.
- APARICIO, Marco y PISARELLO, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías”, en BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor (coords.), *Los derechos humanos en el siglo XXI. Continuidad y cambios*, España, Huygens, 2008.
- AUSTIN, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2010.
- BALUARTE, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Impe-

- rative for Victims' Representatives", *American University International Law Review*, Washington D. C., vol. 27, núm. 2, 2012.
- BARBÉ, Esther, *Relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BELTRÁN-CRISTANCHO, Mauricio, "El derecho internacional y las relaciones internacionales en el siglo XX", *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, vol. 4, núm. 2, marzo de 2010.
- BIANCHI, Andrea, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016.
- CARTY, Anthony, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, Florencia, vol. 2, núm. 1, 1991, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/2/1/2026.pdf>.
- DOTHAN, Shai, "How International Courts Enhance their Legitimacy", *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv, vol. 14, núm. 2, 2013.
- ELVY, Stacey-Ann, "Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union's Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Estados Unidos, vol. 41, núm. 1, 2012.
- ENGSTROM, Par, "Human Rights: Effectiveness of International and Regional Mechanisms", *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, Reino Unido, International Studies Association-Oxford University Press, diciembre de 2017, disponible en: <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-214?rskey=4nfRUQ&result=1>.
- ESLAVA, Luis y PAHUJA, Sundhya, "Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law", *Trade, Law and Development*, Jodhpur, vol. 3, núm. 1, 2011.
- FRANCK, Thomas, "Legitimacy in the International System", *The American Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 82, núm. 4, 1988.
- FRANKENBERG, Günter, "Teoría crítica", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año IX, núm. 17, 2011.
- GROTIUS, Hugo, *The Rights of War and Peace*, trad. de Archibald Campbell, Nueva York-Londres, M. Walter Dunne, 2014.
- GUZMÁN, Andrew T., "A Compliance-Based Theory of International Law", *California Law Review*, Berkeley, vol. 90, núm. 6, 2002.
- GUZMÁN, Andrew T., *How International Law Works?*, Reino Unido, Oxford University Press, 2010.

- HART, Herbert, *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HATHAWAY, Oona A., “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 111, núm. 8, 2002.
- HAWKINS, Darren y JACOBY, Wade, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations*, Toronto, vol. 6, núm. 1, 2010.
- HENKIN, Louis, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2a. ed., Nueva York, Columbia University Press, 1979.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, trad. de Marcela Anzola, México, Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- HUNEUS, Alexandra, “Compliance with International Court Judgments and Decisions”, en ROMANO, Cesare *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015.
- HUNT, Alan, “The Theory of Critical Legal Studies”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Reino Unido, vol. 6, núm. 1, 1986.
- KLABBERS, Jan, “Constitutionalism and the Making of International Law Fuller’s Procedural Natural Law”, *No Foundations: Journal of Extreme Legal Positivism*, Helsinki, núm. 5, 2008.
- KOH, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 106, núm. 8, 1997.
- MCDUGAL, Myres S. *et al.*, “Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, *Faculty Scholarship Series*, Estados Unidos, núm. 2577, 1968, disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2577.
- MILJIKER, María Eva, “Duncan Kennedy y la crítica a los derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, vol. 7, núm. 1, 2006.
- MOLINA OCHOA, Andrés, “Estudios críticos del derecho”, en FABRA ZAMORA, Jorge y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, 2015, vol. 1, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/15.pdf>.
- MUTUA, Makau, “Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, vol. 42, núm. 1, 2001.
- MUTUA, Makau, “What Is TWAIL?”, *Proceedings for the ASIL 94th Annual Meeting*, Reino Unido, vol. 94, 2000.

- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, núm. 26, 2010.
- OKAFOR, Obiora Chinedu, “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL). Theory, Methodology, or Both?”, *International Community Law Review*, Países Bajos, vol. 10, núm. 4, 2008.
- PALOMBINO, Fulvio Maria, “Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, núm. 75, 2015.
- POERTNER, Mathias, “Institutional Capacity for Compliance: Domestic Compliance with the Inter-American Court of Human Rights”, *APSA 2013 Annual Meeting Paper*, Chicago, 2013, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2299763>.
- POSNER, Eric A. y YOO, John C., “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 93, núm. 1, 2005.
- RAMINA, Larissa, “TWAIL – «Third World Approaches to International Law» and Human Rights: Some Considerations”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, núm. 1, 2018.
- RAUSTIALA, Kal y SLAUGHTER, Anne-Marie, “International Law, International Relations and Compliance (*Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2*)”, en CARLNAES, Walter *et al.* (eds.), *The Handbook on International Relations*, Londres-Thousand Oaks-Nueva Delhi, Sage Publications, 2002.
- ROMANO, Cesare, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Nueva York, vol. 31, núm. 4, 1999.
- ROMERO, Alexia y STATON, Jeffrey K., “Clarity and Compliance in the Inter-American Human Rights System” (manuscrito), 2011, disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/448/Clarity-and-Compliance-in-the-Inter-American-Human-Rights-System.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- RUSSELL, J. Stuart, “The CLS Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy”, *Ottawa Law Review*, Ottawa, núm. 18, 1986.
- SALOMÓN, Mónica, “La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia y aproximaciones”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, España, núm. 4, 2002.

- SHAW, Malcom N., *International Law*, 6a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2008.
- SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, trad. de Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- THUO GATHII, James, “TWAII: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography”, *Trade, Law and Development*, Jodhpur, vol. 3, núm. 1, 2011.
- TOMUSCHAT, Christian, “International Courts and Tribunals”, en RÜDIGER, Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e35?rskey=WjZwR8&result=6&prd=MPIL>.
- VELASCO, Shelom, “The Inter-American Court of Human Rights: Emerging Patterns in Judgment Compliance”, *Thesis and Dissertations*, Bloomington, núm. 29, 2016, disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=etd>.
- VOETEN, Erik, “International Judicial Independence”, en DUNOFF, Jeffrey y POLLACK, Mark A. (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012.

Pacifismo e guerra no pensamento político internacional e a construção de um direito humano e fundamental à paz

Pacifism and War on International Political Thought and the Construction of a Human Right and Fundamental to Peace

Pacifisme et guerre dans la pensée politique internationale et construction d'un droit humain et fondamental à la paix

André Luiz Valim Vieira*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Sobre a paz e o pacifismo*. III. *Sobre a guerra e a paz*. IV. *O direito humano e fundamental à paz*. V. *Conclusões*. VI. *Bibliografia*.

* Universidade Estadual Paulista, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1052-6594>, andreluizvalimvieira@gmail.com.

Artículo recibido el 11 de marzo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 497-534
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo do pacifismo e das pesquisas sobre a paz (*peace research*) em relação à teoria política das relações internacionais que consideram a guerra como objeto de estudo e análise primordial ao longo do pensamento moderno. Utilizando-nos de uma pesquisa histórica e bibliográfica pretendemos identificar o pacifismo e a paz como direito humano e fundamental na ordem internacional e no ordenamento jurídico interno. Nosso objetivo, portanto, consiste em entender o pensamento pacifista no direito internacional e como a paz pode representar a lógica das relações entre as nações no século XXI e como significa um direito fundamental de resguardo na ordem interna e internacional.

Palavras-chave: direitos humanos, guerra, pacifismo, paz.

ABSTRACT: This article aims to study pacifism and peace research in relation to the political theory of international relations that consider war as an object of study and primordial analysis throughout modern thought. Using historical and bibliographical research we intend to identify pacifism and peace as a human and fundamental right in the international order and in the internal legal order. Our goal, therefore, is to understand pacifist thinking in international law and how peace can represent the logic of relations between nations in the 21st century and how it means a fundamental right of protection in the domestic and international order.

Key words: human rights, war, pacifism, peace.

RÉSUMÉ: Cet article vise à étudier le pacifisme et la recherche sur la paix (*peace research*) par rapport à la théorie politique des relations internationales qui considèrent la guerre comme un objet d'étude et d'analyse primordiale tout au long de la pensée moderne. En utilisant des recherches historiques et bibliographiques, nous avons l'intention d'identifier le pacifisme et la paix comme un droit humain et fondamental dans l'ordre international et dans l'ordre juridique interne. Notre objectif est donc de comprendre la pensée pacifiste en droit international et comment la paix peut représenter la logique des relations entre les nations au XXIe siècle et comment elle signifie un droit fondamental de protection dans l'ordre national et international.

Mots-clés: droits de l'homme, guerre, pacifisme, paix.

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar os temas relativos ao pacifismo e às pesquisas sobre a paz em dicotomia ao fenômeno da guerra nas relações internacionais e como se harmonizam ou se contradizem em consideração como um direito humano e fundamental à paz. Nossa questão se concentra em discorrer se é possível a modificação de um pensamento internacionalista centrado por séculos no fenômeno da guerra para repensar os fundamentos, valores e importância da paz no direito internacional? A paz e as teorias e pesquisas sobre o pacifismo (*peace research*) concebem uma autonomia teórico, didática e metodológica a descortinar e suplantar atributo da violência e das guerras nas relações internacionais? Essas nossas hipóteses de debate.

Propomos assim que considerando a autonomia da paz em relação ao pensamento internacionalista clássico a considerá-la somente como ausência de guerra, a paz no direito internacional representaria muito mais um direito humano e fundamental a ser positivado e expresso em normas jurídicas internacionais.

Durante longos séculos a relação entre os temas de paz e a teoria do pacifismo envolveu, necessariamente, perpassar pelo tema da guerra nas teorias políticas e nos tratados e convenções de direito internacional. Para muitos teóricos a paz nada mais significa que a ausência de guerra, todavia, procuraremos demonstrar os escritos sobre a paz e seus diversos conceitos e tipos. Não somente a paz como ausência de guerra, mas sim a paz ativa enquanto possibilidade de construção e manutenção. Com isso, ao finalizar da primeira parte deste artigo, pretendemos aclarar as teorias sobre o pacifismo destacando o pacifismo político e o pacifismo jurídico enquanto doutrinas dos temas da paz.

Para esta primeira tarefa de desenvolvimento dos temas inerentes ao tema da paz e dos pensamentos pacifistas utilizaremos como eixo teórico os trabalhos do pensador político italiano Norberto Bobbio (1909-2004) e do professor brasileiro Rafael Salatini (1980). A dedicação de Bobbio ao estudo dos temas da paz em inúmeras obras compõe todo um cenário de propostas e teorias que procuram sustentar o caminho da paz como uma alternativa aos inúmeros conflitos existentes mundialmente e capazes de ameaças conjunta-

mente os direitos humanos, a vida das pessoas e a existência das nações perante diversos riscos de conflitos globais e com armas de extermínios totais.

Para a sistematização desse trabalho foi de fundamental importância compreender o alcance das pesquisas acadêmicas para a paz frente à guerra para consolidação dos temas da paz como a melhor opção no cenário internacional para décadas e séculos de conflitos e violências. Dessa forma, para compreendermos o pacifismo e as pesquisas para a paz (*peace research*) precisamos adentrar sobre o tema da guerra no pensamento político internacional e do direito internacional: o direito à guerra e o direito na guerra: seus limites e condições de existência e manutenção.

Por fim, na última parte deste artigo, analisaremos o tema da paz e da guerra no ordenamento jurídico brasileiro e como, na contemporaneidade do século XXI, tende a se conformar como um direito humano e um direito fundamental a ser positivado e pretegido no âmbito das normas internacionais e das leis internas das nações. Logo, a paz mais do que um atributo de existência condicionada à ausência de guerras representa direito humano e fundamental a ser positivado e protegido pelos normas jurídicas internas e internacionais.

II. SOBRE A PAZ E O PACIFISMO

Considerar o século XXI como o período da história —nesses quase dois decênios— como o de maior velocidade, dinamismo e acúmulo de informações se mostra inegável. Enquanto a interação e a comunicação aproximam tecnológica e virtualmente as pessoas; ao mesmo tempo proporcionam o distanciamento vazio e antissinestésico onde o diálogo e a conversa se não realizada por meio de programas, softwares, aplicativos ou outras ferramentas se mostra quase que uma tarefa árdua e difícil. Nesse presente *hi-tech* ou *high tech* a comunicação se torna um fim em si mesmo e não um meio para maior aproximação entre pessoas, grupos e nações.

Pensar as relações humanas e as relações internacionais na modernidade consiste ainda em considerar o abrandamento das fronteiras e da ideia máxima de soberania enquanto limites absolutos de atuação do Estado. O fluxo constante de informação e de comunicação, a migração contínua de pessoas e as relações econômicas de ordem global são várias faces da realidade de um mundo atual que diariamente se modifica e se reinventa. As normas jurídicas

internas e as normas internacionais procuram acompanhar esse avançar em progressão geométrica da sociedade com legislações e preceitos jurídicos que regulam as relações entre indivíduos, entre estes e os Estados e mesmo entre as nações na sociedade internacional.

O direito, portanto, apresenta-se em sua visão clássica como meio de resolução de conflitos e de pacificação por desideratos. As relações internacionais procuram equacionar os temas de interesses e mais relevantes entre as nações. E a ciência política, enquanto uma ciência em constante aperfeiçoamento procura teorizar e criar meios de entendimento sobre a sociedade, o Estado e as normas jurídicas.

Desta feita o fenômeno da normatividade jurídica se encontra de modo perceptível tanto no pretérito como no presente das sociedades e do conjunto coletivo de indivíduos socialmente vinculados pelo contrato social. Dessa forma, as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que a criaram estão contidas.¹ Poderíamos constatar, assim, que a sucessão de fatos e acontecimentos ao longo da história se apresenta como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem.

Contudo, as normas jurídicas para o filósofo político italiano Norberto Bobbio não passam de uma parte da experiência normativa. Isso porque há no mundo ainda inúmeros preceitos —morais, religiosos, sociais, costumes, etc.— não previstos pelas normas jurídicas, mas nem por isso descaracterizam uma ordem de preceitos cogentes e ordenativos. Todas elas têm em comum o fato de se apresentarem como proposições cuja finalidade é a de influenciar o comportamento de indivíduos e dos grupos, dirigir ações a certos objetivos, tanto do ponto de vista dos sujeitos quanto na ordem do Estado. Constroem-se assim leis e regras de convivência, algumas apresentando preceitos autorizadores e regredores dos negócios e do comportamento, outras trazendo princípios proibitivos e penalizadores, estruturando-se assim o ordenamento jurídico.

Bobbio esclarece essa questão do conflito permanente e da relação da pessoa com seus direitos e proibições quando explana:

Encontrando-se num mundo hostil, tanto em face da natureza quanto em relação a seus semelhantes, segundo a hipótese hobbesiana do *homo homini lupus*, o homem

¹ Bobbio, Norberto, *Teoria da norma jurídica*, 4a. ed., trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru, Edipro, 2008, p. 25.

buscou reagir a essa dupla hostilidade inventando técnicas de sobrevivência com relação à primeira, e de defesa com relação à segunda. Estas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios.²

Nessa lógica, conjunto de preceitos normativos, de ordem geral e que obrigam a toda a coletividade compõem o ordenamento jurídico de tal comunidade. Na teoria política clássica o Estado enquanto ser potencializador da atividade centralizadora com maior ou menor controle sobre a vida dos indivíduos enquanto em sociedade é o único ser criador das regras de obediência. Logo, não se concebe norma jurídica que não seja emanada do Estado. Exceção feita, contudo, aos defensores da tese do “pluralismo jurídico”,³ entre outros.

O Estado enquanto ente político que se materializa em uma pessoa jurídica de direito público, interno ou internacional, representa a concentração máxima de poder e direito. O Legislativo enquanto função estatal representante da sociedade e de sua democracia teria a legitimidade para a construção das normas e assim evitar ou diminuir os conflitos. Para Pöker, “... a Paz é apresentada simultaneamente como condição, contingência e decorrência de qualquer prática democrática”.⁴ Democracias mais estáveis e historicamente mais consolidadas possuem maiores condições de proporcionar a manutenção da paz aos seus cidadãos. Isso não significa necessariamente a ausência total de conflitos, de modo algum.

Ao tratar do conflito e formulando uma teoria social crítica Axel Honneth,⁵ por exemplo, propõe a construção social da identidade —pessoal e coletiva— como uma gramática do processo de luta, isto é, a luta pelo reconhecimento. Divergindo de Habermas, para ele a base da interação é o conflito, e sua gramática a luta pelo reconhecimento.

² Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, Elsevier, 2004, p. 28.

³ Wolkmer, Antônio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

⁴ Pöker, José Geraldo Alberto Bertoni, “Direitos culturais, universalismo e movimentos sociais: o futuro dos direitos humanos”, em Salatini, Rafael (org.), *Reflexões sobre a paz*, vol. II: *Paz e tolerância*, Marília, Cultura Acadêmica, 2018, p. 222.

⁵ Honneth, Axel, *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, 2a. ed., trad. de Luiz Repa, São Paulo, Editora 34, 2009, p. 33.

Ao Poder Judiciário restaria a tarefa precípua de resolver as lides mediante processos judiciais —consensuais ou contenciosos— mediante o julgamento pelo juiz togado. Juntamente com a capacidade executiva e coercitiva se faria assim a realização da decisão judicial, extinguindo os conflitos de interesses. Alcançando seu intento por meio do Estado-juiz seriam a paz e a pacificação social realizadas. “A vontade popular, expressada por meio dos demais poderes, deve se fazer valer pelo Judiciário, portanto, há limites a serem respeitados, e assim sendo, a sociedade ganha como um todo”.⁶

O Estado político e legislativo é a fonte primária das leis e atos ao qual devem todos observar, como preceitos permissivos ou enquanto normas proibitivas sob pena de sofrer a punição provinda do mesmo ente estatal: ao qual muitas vezes se utiliza da violência para o alcance dessa finalidade. Entretanto, imaginando-se o conjunto de pessoas como entidade legitimadora socialmente do poder outorgado ao Estado é de se imaginar que a aparente perfeição e o equilíbrio entre as relações nem sempre se apresentem harmônicas como nas teorias e regras previstas pelo direito.

Para Kant a autonomia individual do indivíduo consista em mera exigência do dever-ser. Na teoria de Hegel, contudo, consistia em elemento da realidade social. A autonomia individual nas sociedades modernas, porém, apresenta-se limitada pela previsão normativa. Sob o argumento de regulação da vida social e resolução de conflitos, ou seja, quando o confronto entre indivíduos se apresenta na esfera das relações de vida em sociedade o Estado procura se apresentar como o ente juiz para resolver o conflito. Quando, porém, apercebe-se um iminente conflito entre as pessoas e o Estado pelo desequilíbrio de avaliações e interesses a desconsideração dos anseios sociais é sempre a saída utilizada desde nas democracias abertas até mesmo nos governos autoritários.

A mais utilizada forma de resistência sempre foi a da violência, do conflito e do confronto, resultando em guerras civis ou ambates armados com inúmeras mortes. Por essa razão, para muitos estudiosos do direito internacional e das relações internacionais ainda, falar em paz representa nada menos que um mero recurso teórico e argumentativo. “A paz ainda é considerada como uma realidade longínqua e aguardada”, sendo “os seus propagadores

⁶ Leão Júnior, Teófilo Marcelo de Área e Julias, Livia Pacheco de Freitas, “A Corte Suprema e o seu papel atual perante a sociedade, judicialização e ativismo judicial adequados”, *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, vol. 4, núm. 2, dezembro de 2019, p. 206.

estão mais perto do visionário do que o teórico respeitado”,⁷ pois, representa uma realidade ainda inexistente e muito distante.

Ainda assim, tomamos partido na perspectiva jurídica e política de valorização da paz, considerando que, “...ainda que tenha sido um século marcado por incríveis guerras, o século passado permitiu o avanço tanto da teoria da paz quanto do direito da paz, os quais permanecem vivos até os dias atuais”.⁸

Norberto Bobbio explica que compreender o conceito e o valor da paz passa, necessariamente, antes por conceituar o que é paz, identificar o valor da paz, para então se entender o conceito e as formas de seu exercício: o pacifismo. Por isso, afirma que, “...quando alguém me pergunta quais são, na minha opinião, os problemas fundamentais do nosso tempo, não tenho qualquer hesitação em responder: o problema dos direitos do homem e o problema da paz”.⁹ Pensar, portanto, o pacifismo enquanto teoria e prática envolvem estabelecer suas origens e pressupostos. Dessa forma, conhecendo-se seu surgimento no pensamento político internacional; e, suas condições de exercício e formas de realização prática é possível demonstrar a existência de fundamentos teóricos e bases históricas de aplicação nos dias atuais e vindouros.

Destarte tenha sido do século XX um período em que houve a maior valorização e discussão sobre os direitos humanos há também e diametralmente a época em que a mortandade dos conflitos e guerras alcançaram a marca de milhões de pessoas. O extermínio e as máquinas de combate tomaram proporções e quantidades capazes e suficientes de causar a destruição global. Dessa forma, nunca antes o tema da paz se mostrou tão urgente, sensível e necessário como nos tempos atuais. O pacifismo e seu exercício são formas legítimas sobre as quais é possível de garantir demais direitos humanos e fundamentais como a vida, a liberdade, a propriedade, a segurança, entre outros.

⁷ Sala, José Blanes, “A contribuição histórica do direito internacional público para a consecução da paz”, em Salatini, Rafael (org.), *Reflexões sobre a paz*, Marília, Cultura Acadêmica, 2014, p. 126.

⁸ Salatini, Rafael, “O tema da paz no século XX”, em Passos, Rodrigo Duarte Fernandes dos e Fuccille, Alexandre (orgs.), *Visões do Sul. Crise e transformações do sistema internacional*, Marília, Cultura Acadêmica, 2016, vol. 1, p. 35.

⁹ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus Editora, 2000, p. 497.

Contemporaneamente, em âmbito interno das nações quanto para as discussões das relações internacionais o assunto acerca dos direitos humanos representa a pedra filosofal em torno do qual gravitam os temas e problemas. Assim, direitos fundamentais ou direitos humanos são, sem dúvida, tema ainda constante e que muito se mostra ainda a avançar como formas de proteção e como forma de realização e efetivação. Por isso que para Norberto Bobbio:

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. Causa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.¹⁰

Esse mesmo diagnóstico é o tema da paz. Imprescindível a teorização e o esforço por meios políticos, jurídicos e sociais de normatização e garantias da paz como primado inescusável da existência de direitos e da própria existência do ser humano.

Ainda hoje a fragilidade dos direitos humanos se mostra não somente na sua desobrigação no âmbito do direito internacional —com a prisão indevida, restrição à liberdade de circulação, julgamentos sem o devido processo legal, não respeito às normas de proteção internacional dos direitos humanos— senão também nos atos *interna corporis* dos Estados-nações.

Mesmo aqueles Estados centrados em organização sociais democráticas sob o imperativo da lei, o uso da violência, a injustiça e a brutalidade são muitas vezes ferramentas nas mãos do Estado e dos representantes das chamadas forças públicas: polícia e exército; entidades que sob o atributo de defesa da legalidade e da ordem não medem esforços em se valer da violência como válvula de controle e repressão. Justamente contra toda forma de violência e opressão que afete direitos humanos e ameaça a existência dos

¹⁰ Bobbio, Norberto, *A era dos...*, cit., p. 24.

sujeitos que a retomada do tema da paz e as teorias sobre o pacifismo são um alento e uma esperança: tanto teoricamente quanto metodologicamente.

A palavra paz é um polimorfo. Poder apresentar diversas conotações e sentidos. Tem sua origem do latim *pax* enquanto estado de tranquilidade; e, de *pace*, cujo significado é a abstenção de conflito, ausência de belicidade. A paz pode se manifestar enquanto um estado de ser e existir. Consiste na paz interna enquanto consciência e tem por fundamento a moral do sujeito. Seus valores e concepções quando se coadunam com suas atitudes produzem a sensação interna e íntima de bem-estar: muitas vezes entendida como paz de consciência. É a paz subjetiva, interna e individual. A paz, quando estável, é um consentimento geral, um equilíbrio e uma cooperação espontâneos.¹¹ A paz interna é aquela que importa ao sujeito e reside em uma situação de existência e harmonia íntima e pessoal.

Quando não há conflitos ou esses se restringem ao campo político e diplomático sem que essas tensões possam promover situações de animosidade ou confrontos que possam resultar em violência. Para Raymond Aron, "...a diplomacia pode ser definida como a arte de convencer sem usar a força, e a estratégia como a arte de vencer de um modo mais direto".¹² Mesmo nos limites das relações internacionais a paz pode resultar de medidas diplomáticas surgidas a partir da pactuação de regras e do contrabalanceamento de forças entre os divergentes. É, desse modo, a paz por meio das normas internacionais, dos acordos, dos tratados e das negociações.

Pode, outrossim, surgir a paz como instrumento final de uma guerra anteriormente travada. Em havendo a perpetuação do conflito seu resultado ao findar da guerra traz aos litigantes a sensação da paz. Guerra e paz, portanto, nas relações entre os Estados identificam caminhos possíveis a qualquer nação cuja existência é colocada à prova. Não que a intenção do conflito seja a conquista da paz. Ao contrário, há diversos interesses geopolíticos, territoriais, econômicos, entre outros, a justificar o combate. Todavia, terminando-se a guerra com qualquer de seu desfecho traz entre as nações guerreantes a sensação de paz.

Mas, seria mesmo a paz somente alcançável após as guerras e conflitos? Não pode a paz ser um instrumento por si próprio independente da guerra?

¹¹ Bouthoul, Gaston, *Viver em paz*, trad. de Antonio José Massano, São Paulo, Moraes Editores, 1968, p. 210.

¹² Aron, Raymond, *Paz e guerra entre as nações*, 2a. ed., trad. de Sergio Bath, Brasília, Universidade de Brasília, 1986, p. 73.

Seria possível a paz ser, portanto, uma ideia inata e propulsora das atividades humanas e da política internacional? Quando se cogita da existência da paz se pensa em um primeiro momento em uma ausência de conflitos ou de guerras. Seria, portanto, a paz não caracterizada por uma razão de existência própria e autônoma, perceptível e reconhecível; mas sim, por uma lacuna, uma ausência um determinado espaço ou período temporal de confrontos. Porém, não é essa a concepção correta como apresentaremos.

Na filosofia política dos séculos passados os assuntos da guerra foram entendidos como fenômenos positivos. Não há grandes quantitativos de escritos, obras, tratados e manuais sobre a filosofia da paz. Para as relações internacionais e o direito internacional a paz é o período mais ou menos duradouro em que há a ausências de guerras. Essa concepção, contudo, mostra-se insuficiente e ultrapassada. Como demonstraremos, a partir de Norberto Bobbio e outros, a paz deve ser pensada não mais como ausência de guerras e sim como um estado de equilíbrio e de satisfação, onde o conflito, o sofrimento e violência são abandonados como ferramentas diárias. A paz, por si própria, tem existência e vida.

Todas as aspirações pacifistas, todas as esperanças de criar um mundo *polemófugo*, isto é, donde a guerra seria banida, fundam-se implicitamente num postulado: o que se assimila a guerra a um estado patológico, ao equivalente sociológico duma doença, quando a paz seria o estado normal, isto é, a boa saúde.¹³

Falar sobre paz, portanto, ainda é um assunto que causa estranheza no universo da ciência política e das relações internacionais. Esse tema ainda, infelizmente, é muito pouco ou quase nada estudado pelo direito e pelas demais ciências humanas e sociais. As pesquisas sobre a paz ou *peace research* (PR) se debruçaram sobre a questão da paz e da guerra. Por alguns foi também denominada de *polemologia* este estudo direcionado às questões da paz.¹⁴ Permitindo-nos uma licença poética, mesmo nos dias de hoje, a paz ainda é objeto de muitas guerras; ou seja, assusta a muitas pessoas: seja na realidade da vida, seja nas pesquisas acadêmicas e científicas.

As pesquisas sobre a paz conquanto um campo de investigação acadêmica e científica ocorreu nos anos de 1950 e 1960 quando veio a surgir nos

¹³ Bouthoul, Gaston, *op. cit.*, p. 208.

¹⁴ Pontara, Giuliano, “Pesquisa científica sobre a paz”, em Bobbio, Norberto *et al.*, *Dicionário de política*, Brasília, UnB, 1992, vol. 2, p. 916.

Estados Unidos, na Universidade de Michigan, o Center for Research on Conflict Resolution (Centro de Pesquisas para Resolução de Conflitos) que originou o periódico *Journal of Conflict Resolution*. Outro importante núcleo de pesquisas sobre a paz teve a iniciativa de Johan Galtung com a criação do Internacional Peace Research Institute of Oslo (Instituto Internacional de Pesquisas de Oslo para a Paz) e sua publicação, até hoje referência na área, *Journal of Peace Research*.

Ainda no tema dos centros universitários criados para a *peace research* poderíamos citar ainda o *Peace Research: The Canadian Journal of Peace and Conflicts Studies*, nascido em 1969, e hoje localizado em seu centro de pesquisas sobre a paz da Universidade de Winnipeg. E não podemos deixar de fazer referência ao Albert Einstein Institute, fundado por Gene Sharp, em 1983, como uma organização destinada ao avanço dos estudos e usos das estratégias e ações não violentas em conflito.

Conforme Vanessa Matijasic: "...os professores e pesquisadores para a paz formados nesse ambiente universitário são conhecidos pela perspectiva crítica das atuais estruturas de poder, a dinâmica da política internacional e da conjuntura da segurança internacional".¹⁵ Com Johan Galtung a *peace research* ganha novos modelos de pesquisa sobre a paz. Passa a considerar a violência como uma inimiga a ser evitada para ao alcance da paz.

A paz até então entidade como ausência de guerra: paz negative, passa a ser pensada como paz positive (*positive peace*): a paz pela paz. A paz como proposta de pesquisa e como esforço conjunto e contínuo para sua realização e manutenção. Johan Galtung convoca os pensadores do mundo a buscar soluções e alternativas que promovam a redução da violência e tenham por objetivo a promoção da paz.

Nas palavras de Bouthoul admitir a existência de uma polemologia, mesmo imperfeita e ainda hesitante constitui, no entanto, uma esperança gigantesca.¹⁶ As pesquisas sobre a paz ganham então estímulo e mais impulso e fôlego no século XXI. A sociedade internacional, de um modo geral, não mais se coaduna e nem aceita os conflitos e as guerras como soluções para resolução de problemas. A paz precisa ser estudada, entendida, praticada. Guerras e conflitos bélicos ou armados apenas trazem sofrimento, violên-

¹⁵ Matijasic, Vanessa Braga, "Pesquisas para a paz e o ativismo da cultura da paz", em Salatini, Rafael e Dias, Laércio Fidelis (orgs.), *Reflexões sobre a paz*, vol. II: *Paz e tolerância*, São Paulo, Cultura Acadêmica, 2018, p. 38.

¹⁶ Bouthoul, Gaston, *op. cit.*, p. 224.

cia e prejuízos; sejam estes sociais, econômicos, humanos, ambientais. Os estudos direcionados ao entendimento da paz se propõem a ser a melhor alternativa contra toda e qualquer guerra ou conflito.

Se durante muitos decênios a polemologia esteve adstrita ao estudo da guerra e sua ocorrência a partir de fenômenos sociais, psicológicos e políticos; em tempos modernos ou pós-modernos os esforços que antes se dedicavam a teorizar e criar argumentos e hipóteses a justificar o fenômeno da guerra devem agora fazê-lo em prol dos estudos sobre a paz. A polemologia representa "...o estímulo cientificamente mais válido para dessacralizar o fenômeno da guerra desmascarando-o sob os disfarces ideológicos e políticos geralmente invocados".¹⁷ A polemologia permite dessacralizar e despoliticizar as tensões, considerar estas como as resultantes dos desequilíbrios sociológicos, e não como fatalidades, predestinações ou simples caprichos.¹⁸

A guerra com isso deixa de ser um fenômeno sagrado, como historicamente têm se afirmado. Abandona-se a fala da guerra como vontade divina ou sob imperativo do governante em prol do povo e de seu bem-estar para melhor compreender o pacifismo e paz como via alternativa e mais segura.

Para Rafael Salatini,¹⁹ podemos dividir o pensamento pacifista moderno, aquele do século XVI ao XIX, em três grandes correntes: (a) a teoria do irenismo cristão; (b) a teoria da cidade pacífica ideal; e (c) a teoria do federalismo internacional. A primeira busca a paz com fundamento nos ensinamentos cristãos e religiosos. A segunda a que considera que uma cidade perfeita não reside motivos para atacar outra. E, por terceira, a teoria de que a paz nasce de um acordo internacional entre as nações. Essa terceira via ancorada nas ideias de paz perpétua de autores como Saint-Pierre e Kant.

A primeira corrente tem por base a teoria da paz em pensamentos cristãos e religiosos. A paz seria uma consequência das tarefas de unificação da religião e aproximação dos homens entre si. São representantes desse primeiro movimento, nos séculos XV e XVI, as obras de Nicolau de Cusa (*De pace et concordantia fidei*, de 1453) e Erasmo de Rotterdã (*Guerra*, de 1515, e *Querela da paz*, de 1517).

¹⁷ Fotia, Mauro, "Polemologia, psicanálise e ciência política", *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, vol. 2, setembro-dezembro de 1980, p. 123.

¹⁸ Bouthoul, Gaston, *op. cit.*, p. 225.

¹⁹ Salatini, Rafael, "O tema da paz perpétua", *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, vol. 2, núm. 1, janeiro-abril de 2013.

A paz da fé, de Nicolau de Cusa, denominação de Nicolau Krebs, acrescido do seu local de nascimento (Kues). A construção de sua obra, no século XV, envolve uma narrativa religiosa de caráter teatral. Por fim, entende que o conhecimento da verdade a todas as nações deveria chegar para em comum, a uma só fé com o intuito de edificar uma paz perpétua entre os homens, como representação da paz do criador.²⁰ As guerras movidas e que resultaram na queda de Constantinopla é o marco para a construção dessa narrativa de diálogo entre a representação divina e a representação dos homens de diversas nações.

Seguidamente, temos a teoria da cidade pacífica ideal, em que o tema da paz passa a ser uma questão da política e da forma pela qual as instituições devem buscá-la. São representantes desse período Thomas More (*Utopia*, de 1516), Émeric Cruc (*Novo Cirineu*, de 1623) e William Penn (*Ensaio para chegar à paz presente e futura da Europa*, de 1693).

Na terceira corrente de pensamento sobre a paz, encontramos o tema da paz como “federalismo internacional”, no qual a paz somente pode nascer de um acordo internacional de defesa mútua entre as nações.²¹ Dessa filosofia, centrada nos séculos XVII e XVIII, encontramos as obras de Hugo Grócio (*Direito de guerra e da paz*, de 1625), Saint-Pierre (*Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*, de 1713), Jeremy Bentham (*Um plano para uma paz universal e perpétua*, de 1789) e, finalmente, a obra mais conhecida, Kant (*Sobre a paz perpétua*, de 1795-1796).

Desse terceiro período destaca-se a obra de Hugo Grócio; e os escritos do Abbé de Saint-Pierre, nome de Charles Irénée Castel de Saint-Pierre,²² e sua grande e vastíssima obra —originalmente publicada em três volumes— sobre as vantagens de adesão a um sistema de paz perpétua ou inalterável contra um sistema de guerra na Europa.

Falar sobre a paz ainda que não se mostre impossível, mesmo nos escritos anteriores do século XV ao século XIX, apresenta-se como uma tarefa hercúlea para desconstrução paradigmática de seu conceito apenas como a ausência de guerra. Exemplo disso encontramos em Raymond Aron ao considerar a paz como “...a suspensão, mais ou menos durável, das modalidades vio-

²⁰ Cusa, Nicolau de, *A paz da fé*, trad. de João Maria André, Coimbra, Minerva Coimbra, 2002, p. 82.

²¹ Salatini, Rafael, “O tema da paz perpétua”, *op. cit.*, p. 142.

²² Saint-Pierre, Abbé de, *Projeto para tornar a paz perpétua na Europa*, trad. de Sergio Duarte, Brasília, Editora UnB, 2003, p. 101.

lentas da rivalidade entre os Estados”.²³ A paz, assim, durante grande parte do pensamento político internacionalista, têm se sustentado enquanto uma definição negativa. Por essa razão que para se compreender as teorias sobre a paz é imperioso passar pelo tema da guerra. Nossa hipótese justamente se harmoniza com o entendimento de que a paz é a antinomia da guerra; contudo, não representa unicamente a ausência de guerra. Significa, mais que tudo, em uma concepção positiva e ativa de representação e existência.

III. SOBRE A GUERRA E A PAZ

O conceito de paz está intimamente ligado ao conceito de guerra.²⁴ São termos em permanente confronto e contraposição. São antítese um do outro. Onde existe um se mostra impossível a existência concomitante do outro. A guerra é a situação ou estado onde o conflito e a violência se apresentam como métodos rotineiros e necessários. A paz, outrossim, seria então a ausência de conflitos ou de guerras. Durante séculos esse foi o pensamento dominante na ciência política e nas relações internacionais. Por essa razão que ainda muitos afirmam que a história escrita do mundo é uma história de guerras.²⁵

Norberto Bobbio quando se depara com o tema guerra *versus* paz parte do pressuposto de que, para se entender o estado de paz, é preciso primeiro compreender o estado de guerra. Por isso, afirma que “...pode-se dizer que existe um estado de guerra quando dois ou mais grupos políticos encontram-se entre si em uma relação de conflito cuja solução é confiada ao uso da força”.²⁶

O professor de Turim em seus escritos sobre a paz é capaz de trabalhar os conceitos de guerra e paz realizando a inversão do adágio romano *se vis pacis, para bellum* para a máxima de *se vis pacis, para pacis*.²⁷ Se a literatura das ciências políticas e internacionalistas antes consideravam que o caminho para

²³ Aron, Raymond, *op. cit.*, p. 220.

²⁴ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política...*, cit., p. 509.

²⁵ Keegan, John, *Uma história da guerra*, trad. de Pedro Maia Soares, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 492.

²⁶ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política...*, cit., p. 513.

²⁷ Salatini, Rafael, “Bobbio, a paz e os direitos do homem”, *Revista Direito GV SP*, janeiro-junho de 2011, p. 334.

a paz era guerra, Bobbio avança no imperativo moral de que o caminho para a paz é a própria paz.

Bobbio então expressa seu entendimento da guerra como um conflito entre grupos políticos independentes cuja solução é confiada à violência organizada. Esses grupos em conflito detentores do poder jurídico se utilizam do monopólio da força, seja física ou institucional, para submeter seus confrontantes à sua dominação. Por esse íterim que, conclui que "...a guerra, enquanto solução de um conflito entre grupos políticos através do uso da força, é um dos modos de solucionar um conflito, à qual geralmente se recorre quando os modos pacíficos não surtiram efeito".²⁸

Considerar esta a ordem natural das relações, todavia, reduz o tema da paz unicamente como o momento em que a força, a violência e a guerra enquanto ferramentas de poder e de dominação não são utilizadas. De tal forma que o tema paz não importaria em existência autônoma e relevante; senão como períodos determinados e esporádicos sem as guerras. Essa visão predominante nas teorias políticas internacionais encontra resistência no pensamento do jusfilósofo italiano.

Para Bobbio a guerra é a expressão conclamada da irracionalidade anárquica em que se encontram as relações entre Estados soberanos. O grande perigo presente no equilíbrio terrorístico entre as grandes potências militares marca a fragilidade das teorias tradicionais do equilíbrio internacional. E mostra, ao mesmo tempo, a impotência das instituições internacionais.²⁹

A cogitação da guerra como o estado natural da sociedade em conflito, considerando o ser humano no estado de permanente de confrontação com seu semelhante, encontra guarida nas ideias e nos escritos de Thomas Hobbes. Ou, em outra medida, o pensamento de Rousseau e da inocência do ser vivente, segundo o qual a guerra é a escolha dos poderes constituídos e cabe ao ser social o enfretamento com seu semelhante com imposição do Estado soberano. Nesses termos, pode-se afirmar sobre o pensamento internacionalista rousseauiano:

²⁸ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política...*, cit., p. 514.

²⁹ Zolo, Danilo, "Luzes e sombras do pacifismo jurídico de Norberto Bobbio", em Tosi, Giuseppe (org.), *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*, João Pessoa, Editora da UFPB, 2013, p. 323.

Como o estado de natureza no qual nascem os indivíduos é distinto daquele em que surge o sistema internacional, o primeiro sendo pacífico e o segundo, belicoso, não se pode considerar como guerra a relação de inimizade entre os indivíduos, o que é contra sua natureza, mas apenas aquela entre Estados, onde a mesma é natural (e, portanto, legítima), sendo que os homens somente se tornam soldados depois de se tornarem cidadãos —duas dimensões que não se confundem em absoluto— do que segue a distinção corriqueira até os dias atuais entre civis e militares (existem, inclusive, os alvos civis, como hospitais e escolas, e os alvos militares, como quartéis e bases). Dessa forma, para Rousseau, apenas os Estados podem fazer guerra entre si, não o podendo nem os indivíduos entre si (o que não é senão uma guerra civil, que Hobbes erroneamente confunde com a guerra propriamente dita) nem os Estados contra os indivíduos (o que pode ser chamado de terrorismo de Estado) nem os indivíduos contra o Estado (o que deve ser chamado, segundo cada caso, de conjuração, sublevação, revolta, revolução, etc.). Isso porque a guerra consiste numa relação pública entre dois corpos públicos, que demanda, antes de qualquer coisa, uma declaração, seja explícita ou implícita, para se iniciar, assim como um documento de rendição para se findar, sem os quais as agressões, assim como o seu fim, não podem ser consideradas senão como agressões privadas e, enquanto tais, inferiores à instituição da guerra enquanto fenômeno público (como são os fenômenos que envolvem, via de regra, o Estado), que não gera direitos privados (como são tipicamente os direitos individuais).³⁰

O direito internacional e os escritos de ciência política, quando tratam do tema da guerra, utilizam as expressões *jus ad bellum* (direito da guerra) e *jus in bello* (direito na guerra). O primeiro —*jus ad bellum*— fala do direito de um Estado político independente de se utilizar da força quando assim se mostra necessário. Especialmente em resposta a agressões ou como última medida para quaisquer outros meios diplomáticos de ameaças. O *jus in bello*, por outro lado, visa a regular as normas e limites quanto à utilização do uso da força. Dessa forma, mesmo perante um conflito bélico, são necessários estabelecer regras para o uso da força: onde, por qual meios, contra quem, àqueles que devem ser protegidos e formas de tratamento de prisioneiros.

Infelizmente, o estado de guerra não desconsidera apenas o direito à vida, mas suspende a proteção de outros direitos fundamentais do homem, tais como o *direito de*

³⁰ Salatini, Rafael, “Rousseau e as relações internacionais”, *Pacifismo e cooperação nas relações internacionais: teoria e prática*, Dourados, UFGD Editora, 2013, p. 30.

liberdade. Com isso quero dizer que o estado de guerra pode ser justificação válida para induzir um governo, mesmo que não-autocrático, a comportar-se de modo autocrático. Continua válido o velho ditado: *inter arma silente legis*. E de qualquer modo continua válido também o princípio de que a necessidade não tem lei, e a guerra aciona um estado de necessidade que, como tal, sendo lei em si mesma está acima de qualquer lei (natura ou positiva).³¹

Em tempos em que as armas de guerra não são mais capazes de distinguir os soldados em campo de batalha e os civis carentes de proteção, em que os instrumentais de destruição são capazes de dizimar uma quantidade inumerável de sujeitos alcançando o inimigo e ao mesmo tempo àqueles que nada têm a ver com o conflito, a discernibilidade da guerra, enquanto justa ou injusta, põe em dúvida sua capacidade de proteção aos direitos fundamentais e de imposição de limites a si mesma.

Toda e qualquer guerra, desde os tempos medievais até as atuais guerras modernas e tecnológicas em que drones ou aviões e caças são utilizados para assassinar inimigos e intimidar nações não é possível se eliminar baixas que não sejam militares. Toda guerra traz consigo a atingimento de alvos civis, casas, escolas, hospitais, campos de refugiados e diversos outros locais que não participam do conflito, porém, sofrem a consequência das loucuras de seus governantes e dirigentes políticos.

Nesse sentido o pensamento do professor de ciência política da Universidade de Roma quando critica a guerra, fazendo referência ao seu significado simbólico e psicanalítico:

Guerra como orgia da dissipação, na qual os velhos sepultam os jovens, e os jovens se sacrificam para fazerem sobreviver as ilusões dos velhos. Orgia sustentada pelo esforço prolífico das mães, que concebem, criam os filhos com desvelo, incutindo-lhes respeito e dedicação a fim de que sejam mais corajosos para receber e infligir martírio. Desde as preleções escolares, às paradas, aos rituais nos locais das recordações, tudo parece ser predisposto a permitir que cada geração viva paradoxalmente como necessidade ética normal a máxima e insensata criminalidade da guerra. Violência institucionalizada que encontra a sua sanção legitimadora naquelas leis morais que deveriam condená-la.³²

³¹ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política...*, cit., p. 449.

³² Fotia, Mauro, *op. cit.*, p. 123.

A guerra enquanto fenômeno político e social longínquo na existência humana acaba por se renovar constantemente, desde a definição de Hugo Grócio, segundo quem a guerra “...é o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força”.³³

A própria guerra ganha novos adjetivos e novas formas de intimidação e confrontação. A guerra surge como um medo, um temor, uma ameaça cuja realidade fria pode se tornar quente e efetiva a qualquer tempo, trazendo consigo a ausência de limites e regras. “Não é nem mesmo necessário o estado de guerra efetivo: é suficiente o estado de guerra potencial, a guerra fria, para fazer prevalecer, em determinados casos, a *razão de Estado* sobre a *razão humana*, que desejaria ver garantidos os direitos do homem”.³⁴

Segundo o conceito de Carl von Clausewitz, a guerra nada mais é que um duelo em uma escala mais vasta, ou, em seus exatos termos, “...a guerra é pois um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade”.³⁵ O adversário, portanto, é sempre o outro e pode ser qualquer um dos outros e demais.

Na ciência da guerra, os avanços e descobertas servem como elemento de vantagem perante o inimigo. Na economia da guerra, as teorias e temas se submetem à vontade estatal em que o conflito bélico se torna a principal atividade e mais relevante objetivo do governante. Sendo que a questão da guerra nas relações internacionais e na ciência política transforma esse fenômeno histórico e social de conflito em uma ciência. O esforço da ciência da guerra é para causar morte e sofrimento da forma mais devastadora e metódica possível.³⁶

O direito internacional público trata do assunto da guerra quando se propõe a ser um instrumental para estudos e entendimentos ao direito e às relações internacionais. De um modo amplamente aceito na atualidade, a guerra é um ato de violência atualmente inadmitido em direito internacional público. Para Mazzuoli, a guerra representaria, pois,

³³ Grotius, Hugo, *O direito da guerra e da paz*, 2a. ed., trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2005, vol. I, p. 72.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Clausewitz, Carl von, *Da guerra*, trad. de Maria Teresa Ramos, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 7.

³⁶ Bonanate, Luigi, *A guerra*, trad. de Maria Tereza Buonafina e Afonso Teixeira Filho, São Paulo, Estação Liberdade, 2001, p. 22.

... todo conflito armado entre dois ou mais Estados, durante um certo período de tempo e sob a direção dos seus respectivos governos, com a finalidade de forçar um dos adversários a satisfazer a(s) vontade(s) do(s) outro(s). Ela normalmente se inicia com uma declaração formal de guerra e termina com a conclusão de um Tratado de Paz, ou outro ato capaz de pôr termo às hostilidades e findá-la por completo.³⁷

Ainda sim este fenômeno pode ser considerando sob diversas vertentes. Uma guerra além da motivação jurídica pode ser estabelecida a partir de propósitos políticos, econômicos, intervencionistas, entre outros.

O direito de guerra ou o direito aplicável na guerra (*jus in bello*) representava o conjunto de normas aplicáveis durante as guerras. Diferenciava-se do *jus ad bellum* como direito à guerra. Uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados,³⁸ na opinião do ex-ministro de Relações Exteriores do Brasil.

Para Clausewitz, o filósofo da guerra, qualquer guerra será considerada como um ato político, ou, novamente em suas palavras, "... a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas uma realização destas por outros meios".³⁹ Pois, até então para os teóricos das relações internacionais:

A guerra foi o meio pelo qual obteve-se consenso no passado. A paz decide questões que a guerra definiu, joeirou e apresentou de uma forma pronta para resolução. As grandes conferências de paz que encerraram guerras momentosas serviram de convenções constitucionais para a sociedade de Estados, convocadas para responder a questões postas à prova pela violência do Estado.⁴⁰

A guerra seria, segundo esses pensadores e teorizadores, o caminho para a paz. O fim da guerra é a paz, à qual todos devem aspirar.⁴¹ Sob esse prisma a paz somente seria alcançável por meio da guerra. O objetivo de toda guerra seria então a pactuação e perpetuação da paz. A guerra seria o ins-

³⁷ Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 9a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1189.

³⁸ Rezek, Francisco, *Direito internacional público. Curso elementar*, 15a. ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 421.

³⁹ Clausewitz, Carl von, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ Bobbitt, Philip, *A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*, trad. de Cristiana de Assis Serra, São Paulo, Campus, 2003, p. 746.

⁴¹ Gentili, Alberico, *O direito de guerra*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2006, p. 435.

trumento pelo qual se alcançaria a paz. Mas seria isso verdade? O único caminho possível? Ultrapassar o pensamento pacifista inicial que considerava e aceitava a fala da guerra como único meio é necessário para a construção de um pensamento genuinamente pacifista. A paz não é apenas o fim, senão o meio para as contendas e conflitos.

Embora a guerra ainda hoje tenha seus adeptos e defensores nas universidades e principalmente nos meios militares e na economia da guerra —como aqueles que dizem que a longo prazo a guerra tem tornado o mundo mais seguro e mais rico—,⁴² o objetivo de propor o pacifismo como alternativa à guerra não tem por objetivo julgar os fatos pretéritos senão propor que eventuais conflitos, presentes e futuros, não comportam mais medidas que tenham sustentação nos argumentos da legítima defesa ou mesmo de contramedidas, isto é, represálias ou ataques em respostas a uma primeira agressão internacional.

Eduardo Mei nos diz ainda que, após a Guerra Fria, temos o surgimento de “novas guerras”.⁴³ São os conflitos que não tem por objetivo a paz, ou seja, a paz negociada ou a paz imposta. Não se procura alcançar a paz ou uma ordem política qualquer. Tais guerras não seriam nem mesmo protagonizadas por Estados: como o terrorismo e as ações de grupos armados.

Alguns teóricos argumentam ainda da guerra como uma necessidade e uma saída para situações em que não se encontra outras soluções. Aquilo que se denomina como teoria da guerra justa. Surge, então, como uma proposta filosófica com argumentos que procuram justificar justas causas, condições necessárias em que se pode se valer da declaração de guerra e do conflito armado como pretexto e justificadora de determinados fins.

A teoria da guerra justa defende a existência de cinco causas justas para a legitimação de uma ação armada. Estas são: a autodefesa da agressão prévia, guerra indireta como autodefesa, guerra punitiva por agressões não reparadas na época, guerra preventiva a um ataque iminente, e guerra por razões humanitárias.⁴⁴ Os defensores da teoria da guerra justa argumentam que o

⁴² Morris, Ian, *Guerra. O horror da guerra e seu legado para a humanidade*, trad. de Luis Reyes Gil, São Paulo, LeYa, 2015, p. 7.

⁴³ Mei, Eduardo, “Estado, guerra e violência: as novas guerras e suas implicações para a teoria clausewitziana da guerra”, em Mei, Eduardo e Saint-Pierre, Héctor Luis (orgs.), *Paz e guerra. Defesa e segurança entre as nações*, São Paulo, Editora Unesp, 2013, pp. 44 e 45.

⁴⁴ Díaz i Anabitarte, Aitor, “Hacia una sistematización del pacifismo político”, *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, núm. 31, 2013, p. 179.

conflito nem sempre pode ser evitado, posto que, em algumas circunstâncias a guerra será uma necessidade em proteção a um mal maior. Como afirma Keegan,⁴⁵ a política deve continuar; a guerra, não.

Otfried Höffe citado por Poker nos diz que “...a Paz é a tendência predominante em todas as situações de convivência humana, seja no âmbito da ordem externa ou da ordem interna, por mais que as evidências provenientes da vida prática indiquem o contrário”.⁴⁶ A paz, portanto, é o caminho presente e futuro —em nível nacional ou na relação entre os Estados soberanos— para a convivência entre as pessoas. A guerra impõe sofrimento, morte, destruição, prejuízos de toda monta. Se o conflito é inerente à própria existência humana e da dinâmica da convivência social, não sendo possível sua eliminação total, melhor saída é a resolução de contendas por meio da paz.

A paz serve a contento como ferramenta interna e externa. Da mesma forma em que constitui norma jurídica de direito humano já reconhecida como veremos.

IV. O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À PAZ

Para Bobbio, pensar na paz envolve pensar na guerra; afinal, comporiam ambos um termo par. Tanto é assim que, segundo o autor, na literatura sobre o tema da guerra e da paz, encontram-se infinitas definições guerra, enquanto seria a paz a cessão ou conclusão ou ausência de guerra.⁴⁷

Pensar a paz como sendo a ausência de guerra ou de conflitos importaria em um conceito negativo, ou seja, “...um estado nas relações internacionais antitético ao estado de guerra”.⁴⁸ Porém, nas ideias do filósofo italiano, há ainda o sentido positivo e específico de paz, qual seja, o de *peace research*.

Insatisfeito com a definição puramente negativa de paz, sobrepõe a ela uma definição positiva, que deriva de entender extensivamente “paz” como negação não

⁴⁵ Keegan, John, *op. cit.*, p. 499.

⁴⁶ Poker, José Geraldo Alberto Bertoncini, “Direitos culturais, universalismo e movimentos...”, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁷ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política...*, *cit.*, p. 510.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 516.

tanto de guerra quanto de violência. Diferenciando portanto duas formas de violência, a violência pessoal, na qual está incluída a forma específica de violência que é a guerra, e a violência estrutural ou institucional, distingue duas formas de paz, a negativa, que consiste na ausência de violência pessoal, e a positiva que consiste na ausência de violência estrutural. Enquanto ausência de violência estrutural — que é a violência que as instituições de domínio exercem sobre os sujeitos ao domínio, e em cujo conceito se incluem a injustiça social, a desigualdade entre ricos e pobres, entre poderosos e não-poderosos, a exploração capitalista, o imperialismo, o despotismo, etc. — a paz positiva é aquela que pode ser instaurada somente através de uma radical mudança social e que, pelo menos, deve avançar lado a lado com a promoção da justiça social, com o desenvolvimento político e econômico dos países subdesenvolvidos, com a eliminação das desigualdades.⁴⁹

Pensar sobre a paz pode parecer, inclusive refletindo sobre o seu conceito, como o estado ou situação de ausência de conflito. Ocorre que para se pensar um estado de paz é algo contraditório com a própria natureza humana e seu estado de conflito. Pois, “...existe situação de conflito sempre que as necessidades ou os interesses de um indivíduo ou de um grupo não podem ser satisfeitos senão com dano de outro indivíduo ou grupo...”⁵⁰ Ao analisar a questão da paz e sua antinomia com a teoria hobbesiana que pressupõe o conflito como algo permanente e inerente, Rafael Salatini nos chama a atenção:

Bobbio analisou, concentrada e sistematicamente, os seguintes problemas relacionados ao tema da paz: (a) o problema da definição, (b) o problema da classificação, (c) o problema da valoração, (d) o problema do estado intermediário, (e) o problema do pacifismo, e (f) o problema do federalismo. Pode-se mesmo dizer que, nesses textos, Bobbio tentou apresentar (embora não expresse com esses termos) uma teoria geral da paz.⁵¹

Norberto Bobbio nos diz que a paz é um dos objetivos possíveis. Mas não o único. Esclarece ele que: “A paz é um fim altamente desejável para o homem, mas não é dito que seja, em sentido absoluto, o último objetivo. É o último

⁴⁹ *Ibidem*, p. 517.

⁵⁰ Bobbio, Norberto *et al.*, *Dicionário de política*, Brasília, UnB, 1992, vol. 2, pp. 911 e 912.

⁵¹ Salatini, Rafael, “Introdução aos escritos sobre a paz de Norberto Bobbio”, *Revista Videre*, Dourados, vol. 10, núm. 18, 2017, p. 56.

objetivo apenas para quem considera que a vida seja o bem supremo”.⁵² A paz embora possa se apresentar como o objetivo final que deve ser alcançado ela não significa a negação de outros objetivos e metas da convivência social.

“A paz não é o fim por excelência, mas um dos fins possíveis. O meu comportamento diante dos que sustentam a paz depende do lugar que atribuo à paz na minha hierarquia de valores”.⁵³ A paz não se mostra então como atributo negativo como a mera ausência de guerra. Seria, ao contrário, a paz um elemento de direito humano e fundamental imperativo e imprescindível à toda existência com dignidade —atendendo ao comando constitucional— bem como um pré-requisito para o exercício dos demais direitos individuais, sociais e coletivos.

Poker menciona que os direitos humanos possuem uma condição histórica e por essa razão não podem se restringir somente à Declaração de 1948. Sendo assim “...devem ser tratados como uma peça normativa que continua em processo de desenvolvimento, ao mesmo tempo em que experimenta a efetivação, como qualquer peça do direito racional”.⁵⁴

O uso indiscriminado do termo “direitos humanos” para tratar de direitos conseguidos a partir das lutas históricas no decorrer dos tempos nem sempre encontra ressonância na significação exata da expressão com sua essencialidade. Apresenta-se como um termo genérico e plástico, facilmente maleável para que possa se encaixar a uma gama de direitos referentes ao aspecto da vida, da liberdade, e dos direitos de convivência e de sociedade, como uma fórmula pronta, porém libertina onde se podem incluir vários tipos de pretensões sem uma identificação clara e precisa de seu conteúdo. Todavia, por sua significação heterogênea em grande parte suscitada por esse uso indiscriminado; utilizada tanto no âmbito da teoria quanto na práxis, a expressão “direitos humanos” tem se apresentado como um paradigma de equivocidade.⁵⁵

Segundo o professor espanhol Peces-Barba Martínez,⁵⁶ a expressão “direitos fundamentais” é mais adequada para se referir à categoria de direitos

⁵² Bobbio, Norberto, “Paz e propaganda de paz”, *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, vol. 4, núm. 1, janeiro-abril de 2015, p. 137.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Poker, José Geraldo Alberto Bertoncini, “Direitos culturais, universalismo e movimentos...”, *op. cit.*, p. 217.

⁵⁵ Pérez Luño, Antonio Henríque, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 24.

⁵⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 28.

expressos no texto constitucional. Isto porque a expressão “direitos fundamentais” apresenta uma menor quantidade de ambiguidades que a expressão “direitos humanos”. Quando na linguagem jurídica procura se referir aos direitos em suas dimensões atuais muitos se utilizam de termos como “direitos naturais” ou “direitos morais”, retirando-se destes direitos sua faceta jurídico-positiva. Mas principalmente porque a designação “direitos fundamentais” integra em seu conceito e conteúdo as duas dimensões essenciais, não reducionistas do jusnaturalismo ou do positivismo, ou seja, a de que dos direitos fundamentais expressam uma moralidade básica e uma juridicidade básica; principalmente pela razão moderna de vinculação de seu reconhecimento jurídico —em nível nacional ou internacional— em um texto de natureza fundamental como a Constituição ou em outro texto positivo legal.

Para Peces-Barba Martínez, quando nos referimos a direitos fundamentais estamos ao mesmo tempo falando de uma pretensão moral justificadora e sua recepção no direito positivo.⁵⁷ Desse modo, para alcançar a compreensão dos direitos fundamentais se deve abarcar ambas as características: a primeira consistente em uma justificação de uma determinada pretensão moral em que consistem tais direitos a partir da ideia da dignidade da pessoa humana como pressuposto para o desenvolvimento integral do ser humano.

Os direitos fundamentais, em nível nacional, e os direitos humanos no campo internacional representam um campo de proteção dos indivíduos sob os quais não é permitido ao Estado ultrapassar. São exatos limites normativos e sociais aos quais inscritos na Constituição e nas leis servem como garantias de aplicação dos direitos e de resguardo em situações de crise. Nesse sentido: “O que vai conferir aos Direitos Humanos essas características de direitos morais é que sua validade suplanta as estrutura jurídica dos Estados Nacionais”.⁵⁸ E posteriormente, a consignação deste direito em direito positivado como condição essencial para que se possa eficazmente realizar sua finalidade: os direitos humanos quando integrantes de um determinado sistema normativo segundo as conseqüências lógicas de vigência e obrigatoriedade no meio social.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁸ Poker, José Geraldo Alberto Bertoncini *et al.*, “Direitos humanos, linguagem, normatividade e emancipação nas relações internacionais”, em Salatini, Rafael (org.), *Cultura e direitos humanos nas relações internacionais. Reflexões sobre os direitos humanos*, Marília, Cultura Acadêmica, 2016, p. 37.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais foi elaborada pela doutrina jurídica alemã. Os direitos fundamentais (*Grundrechte*) seriam os direitos humanos assim reconhecidos pelas autoridades detentoras do poder político de editar normas para regulação unicamente no interior de um Estado; seriam, conseqüente, direitos fundamentais aqueles direitos humanos positivados nas leis, nas Constituições e inclusive reconhecidos no plano internacional pelos tratados e demais documentos de direito supranacionais.⁵⁹

O magistério de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins nos relata a opção pelo termo “direitos fundamentais”, em um sentido estritamente jurídico, em preferência a “direitos humanos” ou “direitos naturais” pelo fato de revelarem direitos positivados na Constituição, ao contrário de direitos considerados pré-positivos (naturais) ou supra-positivos (humanos).⁶⁰ Para estes autores os direitos fundamentais são conceituados como “...direitos público-subjetivos de pessoas (física ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.⁶¹

Além do que seria aquele o termo empregado no vocábulo constitucional, pois são aqueles direitos encontrados no texto regulamentador dos fundamentos da organização política e social e ainda, por indicar que nem todos os direitos reconhecidos no sistema jurídico brasileiro são referidos no âmbito do direito constitucional. Seriam, portanto, direitos possuidores de proteção constitucional, logo, uma força jurídica superior às outras normas e por isso constituindo um mínimo de direitos insuscetíveis de abolição quando já previstos ou passíveis de acréscimos segundo a vontade legislativa.

As normas jurídicas nacionais não mencionam a palavra “paz” ou fazem qualquer referência ao direito fundamental à paz na Constituição Federal de 1988 ou demais leis brasileiras. Apenas o artigo 136 da Constituição Federal menciona a possibilidade do presidente da República de decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a “paz social”. Para a Constituição brasileira de 1988, portanto, a paz é a regra do sistema de direitos e garantias. A exceção seria o estado de defesa ou estado constitucional de exceção.

⁵⁹ Comparato, Fabio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 58 e 59.

⁶⁰ Dimoulis, Dimitri e Martins, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 53.

⁶¹ *Ibidem*, p. 54.

Quando a paz se mostra ameaçada ou afetada entra em vigência a suspensão de específicos direitos individuais e sociais, além de garantias constitucionais: é o sistema constitucional de crises. Em situações em que não há paz alguns direitos fundamentais sofreriam restrições; em situações de normalidade, esses direitos encontram plena efetividade. Na situação de estado de defesa torna-se possível a suspensão dos direitos de reunião, do sigilo da correspondência, e do sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas. O controle político desta decretação —de competência exclusiva do presidente da República— é posterior o que significa da sua necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional.

Outra situação de exceção em que se define a suspensão da paz em âmbito interno é a decretação do estado de sítio (artigo 137 da Constituição Federal) em caso de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira. A declaração de guerra ao ocasionar a suspensão do estado de paz social possibilita ainda a aplicação de medidas de exceção: como a pena de morte. Em períodos de paz é vedada a pena de morte no Brasil (artigo 5o., XLVII, “a”) exceto em caso de declaração de guerra. Nessas hipóteses torna-se vigente e aplicável os tipos penais incriminadores do livro II do Código Penal Militar (Decreto-Lei núm. 1.001, de 21/10/1969) cujas penas preveem a morte.

A paz para o ordenamento jurídico brasileiro segue a visão dos pensadores que consideram a paz a ausência de guerra. Logo, não havendo uma situação constitucional de crise em que se faz necessária a declaração de guerra e imposição do estado de defesa (artigo 137 da carta constitucional de 1988), impõem-se a vigência de um estado de paz social.

Poder-se-ia igualmente deduzir de um direito à paz a partir do conjunto normativo de direitos previstos na Constituição Federal. Afinal, em acontecimentos que demandem estado de defesa ou de sítio determinados direitos fundamentais são suspensos. Inclusive o próprio direito à vida. De onde se conclui que somente em tempos de paz é possível o exercício pleno e irrestrito dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Voltando nossos olhos agora para o sistema internacional de direitos e garantias podemos destacar a Declaração de Luarca surgida a partir do I Congresso Internacional pelo Direito Humano à Paz (realizado em San Sebastian, na Espanha) que reconhece o direito humano à paz. Afirma-se na presente declaração (artigo 1o.) que: “As pessoas, os grupos e os povos têm o direito inalienável a uma paz justa, sustentável e duradoura. Em virtude deste direito, são titulares dos direitos enunciados nesta Declaração”.

Podemos citar ainda outros documentos de vigência internacional que tratam do tema da paz, como a Declaração sobre a Preparação da Sociedade para Viver em Paz, da Organização das Nações Unidas, prevista pela Resolução núm. 33/73, de 15 de dezembro de 1978; Declaração sobre a Prevenção e Solução de Disputas e Situações que possam Ameaçar a Paz e a Segurança Internacionais, Resolução núm. 43/51, de 5 de dezembro de 1988; e, a Declaração sobre o Reforço sobre a Cooperação entre as Nações Unidas e Acordos ou Agências Regionais sobre a Manutenção da Paz e da Segurança Internacionais, Resolução núm. 49/57, de 9 de dezembro de 1994.

A Organização das Nações Unidas definiu ainda uma política internacional de valorização da cultura de paz na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, de 6 de outubro de 1999:

Artigo 1o. Uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; b) No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional; c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos; e) Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras; f) No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento; g) No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens; h) No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação; i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações; e animados por uma atmosfera nacional e internacional que favoreça a paz.

Artigo 2o. O progresso até o pleno desenvolvimento de uma Cultura de Paz se conquista através de valores, atitudes, comportamentos e estilos de vida voltados ao fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações.⁶²

⁶² ONU, Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declaracao%20e%20Programa%20de%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>.

A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) relata em seu artigo 1o., a paz como meta e como caminho para as relações internacionais quando afirma como propósito daquela organização internacional: Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.

O que nos parece é que é preciso avançar na interpretação atualizada da Carta da ONU, em discussões como a redefinição da composição do Conselho de Segurança, na promoção do desenvolvimento do Direito Constitucional Internacional, o que talvez tenha um impacto mais eficaz na promoção do que temos denominado o direito humano à paz... De maneira que a paz da qual falamos, e à qual atribuímos a característica de direito humano é daquela que se reveste de um caráter mais universal e denso, daquela paz que foge em situações evidentes de conflitos permanentes, persistentes, oriundos de ações estatais ou de atores dedicados a uso da violência como meio ou fim. Um direito típico dentre os denominados de terceira geração.⁶³

O direito à paz a partir do século XX a integrar diversos diplomas normativos internacionais, ainda que não de vinculação obrigatória, mas com características de normas facultativas ou normas diretivas. Embora não se apresente como norma internacional cogente o direito à paz das nações e dos indivíduos se destaca a partir da segunda metade do século passado como uma norma de *soft law*. Presente em vários textos internacionais desprovidos de caráter jurídico e coercitivo na ordem internacional, mas nem por isso com menos destaque e relevância.

Para o sociólogo português e professor da Universidade de Coimbra, os direitos humanos deveriam ser reconceitualizados como multiculturais. Em sua concepção o multiculturalismo seria "...pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-

⁶³ Alarcón, Pietro de Jesús Lora, "O direito à paz: a constitucionalização de um direito fundamentalmente humano", *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, São Paulo, 2009, disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2518.pdf.

hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”.⁶⁴ A partir de uma nova concepção de direitos humanos centrados no aspecto multicultural de sua manifestação poderíamos entender que se referem a eles a sujeitos múltiplos, diferentes entre si embora possam parecer iguais.

O jurista José Afonso da Silva renunciando à perspectiva jusnaturalista acerca dos caracteres dos direitos fundamentais reconhece em um sentido jurídico-positivo sobre eles o caráter de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade a estes direitos.⁶⁵ A historicidade seria o atributo de todo direito, pois estes surgiriam em um determinado período e se ampliaram com o passar dos tempos, inclusive se modificando. A imprescritibilidade seria um elemental diferenciador; afinal, em sua maioria os direitos demandam um lapso apto para serem exercidos ou exigidos; logo, enquanto direitos fundamentais, nunca deixam de ser exigíveis.

Inalienabilidade é sua não cessão ou transferência a outrem; embora alguns possam apresentar conteúdo econômico ou patrimonial em regra não se pode alienar um direito fundamental a outra pessoa justamente pelo fato de se imaginar um direito cuja titularidade é inerente a todos. A irrenunciabilidade denota, igualmente, a impossibilidade de renúncia a direitos fundamentais que podem não ser exigidos ou exercidos em um determinado momento e pela circunstância vivenciada, porém, jamais deixam de integrar a esfera de direitos dos indivíduos, pois não há a possibilidade de renúncia a eles.

Por essa razão que podemos compreender que: “A paz, no entanto, a partir da segunda metade do século XX não pode mais ser um desejo, é preciso engastá-la no mesmo conjunto de direitos essenciais à dignidade da vida humana, e torna-la também um direito inalienável”.⁶⁶ A paz passa a compor o rol dos direitos fundamentais, ainda que não expressamente positivados no texto constitucional como o estado em que os demais direitos e garantias podem integralmente ser exercidos. Além do que, apresenta a paz todas as demais características inerentes aos direitos fundamentais. Não resta dúvida que “... a paz deixa de ser considerada uma aspiração de cunho meramente moral e passa a ser vista como um verdadeiro direito no marco da afirmação histórica dos direitos humanos”.⁶⁷

⁶⁴ Santos, Boaventura de Souza, “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, núm. 48, junho de 1997, p. 19.

⁶⁵ Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 29a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 181.

⁶⁶ Sala, José Blanes, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁷ Alarcón, Pietro de Jesús Lora, *op. cit.*

No universo da diplomacia e das relações internacionais a paz diametralmente tem se destacada nos últimos decênios e se tornado o principal objetivo da Organização das Nações Unidas. Somente a paz é capa de manter as conquistas e desenvolvimentos até então alcançados pela civilização com a manutenção da vida, da liberdade, da dignidade e dos demais direitos humanos de conquista histórica. Por essas e outras que o professor de Turim afirma que: “A paz, portanto, almeja, geralmente, conservar um *statu quo* particularmente satisfatório. A paz é, essencialmente, conservadora”.⁶⁸

Quando Bobbio afirma que se a paz tem função conservadora procura referir que o pacifismo não necessariamente pode ser considerado como uma corrente de pensamento político ligado ao conservadorismo. O pacifismo se localizaria mais ao centro, como uma corrente moderada muito mais próxima do liberalismo do que necessariamente das demais vertentes políticas. A pessoa genuinamente pacifista defende a segurança das relações existentes. Àquela que tem interesse em manter o *statu quo*, isto é, a manutenção das condições que possibilitam o exercício dos demais direitos humanos e fundamentais. Segundo professor alemão Otfried Höffe os direitos fundamentais são os direitos humanos efetivamente reconhecidos por uma ordem jurídica ou constitucional.⁶⁹

Para a existência dos direitos humanos e fundamentais na ordem internacional ou na ordem jurídica interna das nações os direitos antes conquistados devem porventura ser mantidos e protegidos, garantidos e efetivados. O retrocesso social deve ser evitado e repellido, no intuito de conservação dos direitos reconhecidos e positivados juntamente com suas garantias políticas e jurídicas: elementos imprescindíveis para a manutenção da paz.

V. CONCLUSÕES

Iniciamos este trabalho apresentando a ideia da organização da sociedade a partir de estruturas normativas e jurídicas emanadas do Estado com a intenção de previsões de agir e não agir. As normas de permissão e as normas

⁶⁸ Bobbio, Norberto, “Paz e propaganda...”, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁹ Höffe, Otfried, *Justiça política*, trad. de Ernildo Stein, São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 417.

prohibitivas, criados pelo Estado através do Legislativo servem ao regulamento dos conflitos de convivência entre os integrantes da sociedade. A pessoa jurídica de direito público interna materializa o ente estatal de atuação interna, enquanto a pessoa jurídica de direito público internacional simboliza a atuação da nação nas relações internacionais.

O objetivo de previsão de normas jurídicas de convivência —mediante o estabelecimento de direitos e deveres— seria o de possibilitar a paz social, ou seja, a diminuição dos conflitos existentes no dia-a-dia da sociedade. Através do Poder Judiciário os conflitos e as lides seriam objetos de julgamento por meio do devido processo legal, autorizando-se assim por meio do Estado-juiz, a aplicação de sanções e a segurança jurídica ao qual seria possível construir uma ideia de paz e de pacificação social. Logo, o Estado pelo Legislativo criaria as leis de aplicação pelo Executivo sob o resguardo do Judiciário em um sistema de freios e contrapesos.

Com a previsão normativa surgem então preceitos permissivos ou impeditivos de determinadas ações; bem como a previsão de mandados criminalizadores. A todos eles teriam o Estado o uso da violência para a consecução de suas ordens e interesses. Todavia, se o conjunto de pessoas vivendo em sociedade representa a legitimação do poder outorgado ao Estado nem sempre a paz social é possível de ser alcançada pelas atuações do próprio governante e de seus representantes.

Para a resolução dos conflitos privados há inúmeras formas de resolução consensuais ou contenciosas. Quando, contudo, as relações de conflito se apresentam entre o Estado e a sociedade por incompatibilidade entre os interesses dos dirigentes governamentais e os indivíduos coletivamente considerados a vontade estatal se prepondera pela atuação da violência. Isso se apresenta desde a conflitos regionalmente localizados até mesmo a grandes confrontos como em iniciativas paramilitares ou em guerras civis. A paz, então, antes como objetivo de resolução de conflitos intersubjetivos passa agora a uma realidade um pouco mais longínqua.

Ainda que essa multiplicidade de confrontos ainda seja uma realidade, o surgimento e a maior incidência e valorização das teorias da paz tiveram um grande avanço no século XX; e, ainda hoje, continuam a despertar interesses doutrinários e acadêmicos. Norberto Bobbio afirma que os problemas fundamentais do nosso tempo são os direitos humanos e os problemas da paz. Assim ainda o são. O pacifismo surge então como uma proposta teórica de estudo e entendimento da paz, seu conceito e formas de exercício.

Contra as formas de violência e de opressão que afetem direitos humanos —seja no âmbito internacional ou nas realidades domésticas e internas do Estado— e ameaça a existência dos sujeitos que a retomada do tema da paz e as teorias sobre o pacifismo são um alento e uma nova proposta científica.

Neste trabalho a ideia de pacifismo, todavia, não é a de paz interna enquanto um atributo moral. Trabalhamos, sobretudo, com a ideia de paz vinculada a critérios exteriores: não somente como ausência de guerras ou de conflitos entre as nações ou entre o Estado e seus cidadãos. Pois, durante muitos séculos paz foi entendida somente como a ausência de guerra. Defendemos assim à uma nova concepção de direito internacional de paz como uma paz ativa. A paz não seria apenas o resultado do fim de conflitos intestinais ou internacionais, com o término de guerras e a assinatura de declarações de paz.

Durante longo período os teóricos das relações internacionais conceituaram a paz somente como aquele período de tempo e espaço sem guerras. A paz como uma construção política e internacional de existência independente da guerra ganha maior força e destaque com as pesquisas sobre a paz (*peace research*). A polemologia ou pesquisas para a paz, em sua unanimidade, passam a considerar a violência como um mal a ser evitado para ao alcance da paz. Quando constatado internacionalmente que os conflitos —guerras quentes ou frias— podem levar ao risco da destruição atômica global e do morticínio de milhões de pessoas, a paz surge como resposta.

O pensamento pacifista —do século XVI ao século XIX— basicamente se circunscreveu a três correntes de pensamentos: teoria do irenismo cristão, a paz em conceitos religiosos; teoria da cidade pacífica, em que uma sociedade perfeita não deve encontrar razões para o uso da guerra; e, teoria do federalismo internacional com as ideias de paz perpétua, sobretudo em Saint-Pierre e em Kant.

O conceito de paz está intimamente ligado ao conceito de guerra. Por essa razão que a paz, durante grande parte do pensamento político internacional, têm se sustentado enquanto uma definição negativa: enquanto ausência de guerra. Contudo, embora muitos acreditem que a história do mundo é inexoravelmente a das guerras o pensamento pacifista surge com uma nova proposta: a paz ativa. O caminho para se alcançar a paz deve ser somente através da própria paz.

Na valorização ainda da guerra no cenário do mundo o direito internacional e os escritos de ciência política, quando tratam do tema da guerra, utilizam as expressões *jus ad bellum* (direito da guerra) e *jus in bello* (direito

na guerra) como argumentos a delimitar a possibilidade de retaliação bélica contra um ataque ou do uso da força e contra quem serão utilizadas. Pois, em conflitos bélicos tendem a restringir os direitos humanos e ser exceções a toda construção histórica de garantias e de existência. A guerra não ataca somente o inimigo e sim também civis e uma infinidade de pessoas alheias ou não causadoras daquele conflito.

A justificar a guerra muitos teóricos afirmam ser esta apenas a consequência de causas anteriores. Tão somente um meio além diplomático de uso da força. A guerra passa a ser considerada com justa, necessária, ideal; a fomentar o desenvolvimento econômico, tecnológico e científico das nações. Então, seria a humanidade beneficiada por isso. O objetivo de propor o pacifismo como alternativa à guerra é justamente o de encontrar outros caminhos para a construção da realidade da paz sem o contributo da guerra.

A paz, portanto, é o caminho presente e futuro —em nível nacional ou na relação entre os Estados soberanos— para a convivência entre as pessoas. A guerra —seja ela justa ou injusta— causa sofrimento, morte, destruição, prejuízos irreparáveis. Se o conflito é inerente à própria existência humana e da dinâmica da convivência social, não sendo possível sua eliminação total, como melhor saída seria as propostas que se utilizam do caminho e tenham como resultado a paz.

A paz como um elemento de direito humano e fundamental, imperativo e imprescindível, à toda existência com dignidade —atendendo ao comando constitucional— bem como um pré-requisito para o exercício dos demais direitos individuais, sociais e coletivos. Para alcançar a compreensão dos direitos fundamentais se deve ter em mente uma justificação de uma determinada pretensão moral em que consistem tais direitos a partir da ideia da dignidade da pessoa humana como pressuposto para o desenvolvimento integral do ser humano. Os direitos fundamentais, em nível nacional, e os direitos humanos no campo internacional representam um limite de proteção dos indivíduos sob os quais não é permitido ao Estado ultrapassar, pois, a validade desses direitos ultrapassa a própria estrutura jurídica dos Estados nacionais.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a palavra “paz” tem relação direta com uma situação de normalidade política, jurídica e social ameaçável somente quando dos estados de exceção e de conflitos: decretação de estado de defesa e estado de sítio. Nestas situações, de ausência de paz, haveria a suspensão de determinados direitos fundamentais e suas garantias constitucionais. O conceito de paz para o ordenamento jurídico

brasileiro é o mesmo conceito clássico do direito internacional: a ausência de guerras.

No âmbito das relações internacionais e das normas supranacionais, contudo, a construção de uma ideia de paz se encontra mais avançada. A paz se apresenta como um direito humano previstos em diversas declarações e cartas de direitos. Um direito humano inalienável, irrenunciável e de construção histórica. Embora sem caráter cogente ou coativo o direito humano à paz, nas relações entre nações, ganha destaque como uma norma de *soft law*. A paz, então, consiste em um direito humano fundamental.

O pacifismo então representa um conjunto de ideias, pensamentos, fundamentações, doutrinas e atitudes que rejeitam o uso da guerra e entendem a paz como uma construção possível e realizável, internamente ou internacionalmente. O pacifismo no século XX ganha maior destaque e curiosidade acadêmica e científica como um movimento de reivindicação de direitos e formas de exercício de inconformidade, protestos e enfrentamentos sociais organizados, todavia, com um elemento que o diferencia dos demais e dos séculos pretéritos que é a rejeição da violência com a ideia de práticas não-violentas. O pacifismo seria então uma filosofia política da não-violência. Não um pacifismo passivo ou natural como consequência do desenvolvimento histórico da humanidade. Ao contrário, como uma teoria e doutrina de ação. A proposta de um pacifismo ativo, ou seja, a paz como um esforço racional e pretendido nas ações da sociedade.

O pacifismo ativo, portanto, é aquele que melhor se harmoniza com o entendimento do pacifismo como uma doutrina política de organização, reivindicação e garantia de direitos humanos e fundamentais juntamente com a negação da guerra e da violência e por medidas não-violentas. O pacifismo ativo como idealizado por Bobbio e debatido por Rafael Salati ni pode ser de forma instrumental, institucional ou finalístico. Raymond Aron, no entanto, classifica a paz como potência, impotência e a paz satisfação. Bobbio ainda cita outras classificações como o pacifismo iluminista, o pacifismo positivista e o pacifismo socialista.

O pensamento pacifista no século XX como um objetivo a ser alcançado por todas as nações e em todas as nações se fundamenta, sobretudo, no pressuposto da paz como concepção política, isto é, em que a paz seria o resultado de um acordo político entre governantes e buscado como objetivos do direito internacional e como garantia do ordenamento jurídico interno do Estado-nação.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, “O direito à paz: a constitucionalização de um direito fundamentalmente humano”, *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, São Paulo, 2009, disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2518.pdf.
- ARON, Raymond, *Paz e guerra entre as nações*, 2a. ed., trad. de Sergio Bath, Brasília, Universidade de Brasília, 1986.
- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, trad. de Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto, “Paz e propaganda de paz”, *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, vol. 4, núm. 1, janeiro-abril de 2015.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica*, 4a. ed., trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru, Edipro, 2008.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus Editora, 2000.
- BOBBITT, Philip, *A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*, trad. de Cristiana de Assis Serra, São Paulo, Campus, 2003.
- BONANATE, Luigi, *A guerra*, trad. de Maria Tereza Buonafina e Afonso Teixeira Filho, São Paulo, Estação Liberdade, 2001.
- BOUTHOU, Gaston, *Viver em paz*, trad. de Antonio José Massano, São Paulo, Moraes Editores, 1968.
- CLAUSEWITZ, Carl von, *Da guerra*, trad. de Maria Teresa Ramos, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- COMPARATO, Fabio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- CUSA, Nicolau de, *A paz da fé*, trad. de João Maria André, Coimbra, Minerva Coimbra, 2002.
- DÍAZ I ANABITARTE, Aitor, “Hacia una sistematización del pacifismo político”, *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, núm. 31, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

- FOTIA, Mauro, “Polemologia, psicanálise e ciência política”, *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, vol. 2, setembro-dezembro de 1980.
- GENTILI, Alberico, *O direito de guerra*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2006.
- GROTIUS, Hugo, *O direito da guerra e da paz*, 2a. ed., trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2005, vol. I.
- HÖFFE, Otfried, *Justiça política*, trad. de Ernildo Stein, São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, 2a. ed., trad. de Luiz Repa, São Paulo, Editora 34, 2009.
- KEEGAN, John, *Uma história da guerra*, trad. de Pedro Maia Soares, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Área e JULIAS, Livia Pacheco de Freitas, “A Corte Suprema e o seu papel atual perante a sociedade, judicialização e ativismo judicial adequados”, *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, vol. 4, núm. 2, dezembro de 2019.
- MATIJASCIC, Vanessa Braga, “Pesquisas para a paz e o ativismo da cultura da paz”, em SALATINI, Rafael e DIAS, Laércio Fidelis (orgs.), *Reflexões sobre a paz*, vol. II: *Paz e tolerância*, São Paulo, Cultura Acadêmica, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 9a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- MEI, Eduardo, “Estado, guerra e violência: as novas guerras e suas implicações para a teoria clausewitziana da guerra”, em MEI, Eduardo e SAINT-PIERRE, Héctor Luis (orgs.), *Paz e guerra. Defesa e segurança entre as nações*, São Paulo, Editora Unesp, 2013.
- MORRIS, Ian, *Guerra. O horror da guerra e seu legado para a humanidade*, trad. de Luis Reyes Gil, São Paulo, LeYa, 2015.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- POKER, José Geraldo Alberto Bertoncini, “Direitos culturais, universalismo e movimentos sociais: o futuro dos direitos humanos”, em SALATINI, Rafael (org.), *Reflexões sobre a paz*, vol. II: *Paz e tolerância*, Marília, Cultura Acadêmica, 2018.
- POKER, José Geraldo Alberto Bertoncini *et al.*, “Direitos humanos, linguagem, normatividade e emancipação nas relações internacionais”, em SA-

- LATINI, Rafael (org.), *Cultura e direitos humanos nas relações internacionais. Reflexões sobre os direitos humanos*, Marília, Cultura Acadêmica, 2016.
- PONTARA, Giuliano, “Pesquisa científica sobre a paz”, en BOBBIO, Norberto et al., *Dicionário de política*, Brasília, UnB, 1992, vol. 2.
- REZEK, Francisco, *Direito internacional público. Curso elementar*, 15a. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.
- SAINT-PIERRE, Abbé de, *Projeto para tornar a paz perpétua na Europa*, trad. de Sergio Duarte, Brasília, Editora UnB, 2003.
- SALA, José Blanes, “A contribuição histórica do direito internacional público para a consecução da paz”, en SALATINI, Rafael (org.), *Reflexões sobre a paz*, Marília, Cultura Acadêmica, 2014.
- SALATINI, Rafael, “Bobbio, a paz e os direitos do homem”, *Revista Direito GV SP*, janeiro-junho de 2011.
- SALATINI, Rafael, “Introdução aos escritos sobre a paz de Norberto Bobbio”, *Revista Videre*, Dourados, vol. 10, núm. 18, 2017.
- SALATINI, Rafael, “O tema da paz no século XX”, en PASSOS, Rodrigo Duarte Fernandes dos e FUCILLE, Alexandre (orgs.), *Visões do Sul. Crise e transformações do sistema internacional*, Marília, Cultura Acadêmica, 2016, vol. 1.
- SALATINI, Rafael, “O tema da paz perpétua”, *Brazilian Journal of International Relations*, Marília, vol. 2, núm. 1, janeiro-abril de 2013.
- SALATINI, Rafael, “Rousseau e as relações internacionais”, *Pacifismo e cooperação nas relações internacionais: teoria e prática*, Dourados, UFGD Editora, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Souza, “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, núm. 48, junho de 1997.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 29a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- WOLKMER, Antônio Carlos, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- ZOLO, Danilo, “Luzes e sombras do pacifismo jurídico de Norberto Bobbio”, en TOSI, Giuseppe (org.), *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*, João Pessoa, Editora da UFPB, 2013.

Kosovo's Constitutionalism and Some Notes on the Legitimacy of the Spanish Position

*El constitucionalismo kosovar y algunos apuntes
acerca de la legitimidad de la posición de España*

*Le constitutionnalisme du Kosovo et certaines
remarques sur la légitimité de la position espagnole*

Ana M. Jara Gómez*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The Grundnorm of the Kosovar Legal System*. III. *Recognition of States and the Contravention of Ius Cogens Rules*. IV. *Kosovo from Spain: The Perversion of a Biased Gaze*. V. *Final Remarks*. VI. *Bibliography*.

* Universidad de Jaén, Spain; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7565-0214>, ajar_a6@ugr.es.

Artículo recibido el 31 de marzo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 535-564
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Este artículo se acerca a la última parte del itinerario seguido por Kosovo en la determinación final de su estatus, que será descrita con base en los documentos y actuaciones de las partes implicadas y en el papel jugado por la comunidad internacional. Estos aspectos son de la mayor relevancia para averiguar si existe la posibilidad de que una Constitución sea la norma suprema de un determinado sistema jurídico, dotando de validez a las normas que lo componen y a la vez se subordine a otro acto jurídico diferente. El artículo analiza el Plan Ahtisaari y la Constitución de Kosovo a la luz del concepto kelseniano de norma fundante básica. Se examinará también, en términos de legitimidad y eficacia, cuáles son las consecuencias de la revitalización de las viejas pulsiones nacionalistas en España, que están afectando directamente al presente de Kosovo.

Palabras clave: Kosovo, Constitución, Declaración de Independencia, norma fundante básica, *Grundnorm*, Plan Ahtisaari.

ABSTRACT: This article is an approach to the last piece of the itinerary followed by Kosovo in the determination of its status, that will be described focusing on the documents and actions of the parties concerned and on the role played by the international community. The relevance will prove when it comes to figure whether there is a possibility that a Constitution is the superior legal act of a given system, providing validity to the rules of such system, while at the same time subordinating itself to another act with legal meaning. The article analyses the Ahtisaari Plan and the Constitution of Kosovo, looking at them in the light of the kelsenian concept of the basic norm. It will be examined, in terms of legitimacy and effectiveness, what are the consequences of the revitalization of old nationalist drives in Spain, which are impacting directly on Kosovo's present.

Key words: Kosovo, Constitution, Declaration of Independence, basic norm, *Grundnorm*, Ahtisaari Plan.

RÉSUMÉ: Cet article est une approche du dernier morceau de l'itinéraire suivi par le Kosovo dans la détermination de son statut, qui sera décrit en se focalisant sur les documents et les actions des parties concernées et sur le rôle joué par la communauté internationale. La signification de cet article sera mise en évidence lorsqu'il s'agira de déterminer s'il est possible qu'une Constitution soit l'acte juridique supérieur d'un système donné, conférant une validité aux règles de ce système, tout en se subordonnant à un autre acte ayant une signification juridique. L'article analyse le Plan Ahtisaari et la Constitution du Kosovo, en les examinant à la lumière du concept kelsenien de la norme fondamentale. Il sera examiné, en termes de légitimité et d'efficacité, quelles sont les conséquences de la revitalisation des anciennes pulsions nationalistes en Espagne, qui ont un impact direct sur le présent du Kosovo.

Mots-clés: Kosovo, Constitution, Déclaration d'indépendance, norme fondamentale, *Grundnorm*, Plan Ahtisaari.

I. INTRODUCTION

The question of sovereignty, though constantly evolving, has an enormous relevance both in the legal and the academic fields, and in the world of the *Realpolitik*. In the case of Kosovo, it is possible to conclude that sovereignty turned temporarily irrelevant given that at least between 1999 and 2008 there was no state that could in fact neither exercise it nor assert the competences and attributes attached to it. After the military intervention of NATO in 1998, United Nations deployed a territorial administration in Kosovo which placed all the attributes of sovereignty and the instruments of power in the hands of foreign changing agents, unrelated to the territory and to the society of Kosovo. State authority was replaced and superseded by the “functional authority” of an international body that managed and governed the territory for a decade.

The classic conception of sovereignty is intrinsically linked to the idea of the State, and assumes that sovereignty is a fixed and exogenous attribute of States.¹ However, what is easy to conclude from the academic account and the doctrinal perspective is not so easy, however, when it comes to facts and concrete historical situations, sovereignty is subject to very varied interpretations. We believe that it is possible to argue that “there has been a historical tension between state sovereignty, which stresses the link between sovereign authority and a defined territory, and national sovereignty, which emphasizes a link between sovereign authority and a defined population”.²

No State has the full capacity to dispose of each and every space in which the life and actions of every person subject to it are deployed. No State, therefore, has absolute power over all the fields of action of its members or over all the events that take place in its jurisdiction. However, the fundamental fact is that by claiming “supremacy”, the sovereign is not in a po-

¹ Tansey, Oisín, “Does Democracy Need Sovereignty?”, *Review of International Studies*, vol. 37, no. 4, 2011, pp. 1515-1536.

² Barkin, Samuel and Cronin, Bruce, “The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations”, *International Organization*, vol. 48, no. 1, 1994, p. 108. See also Biersteker, Thomas J. and Weber, Cynthia, *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press, 1996.

sition to shift the responsibility for his actions to another political space, political-institutional subject or agent, etc. Nearly all States in the world today are based on the idea of popular sovereignty, the idea that the State exists to carry out the will of the people. If the people are formally sovereign, anyone within the State is ultimately responsible for social events. The State provides society with a stable source of power that makes it possible to hold an individual or group responsible for certain political decisions.

This idea raises relevant questions because it implies that the supremacy and inviolability of the State is necessary to guarantee the sovereignty of the people and that if the autonomy of the State is violated, the will of the people is also violated.³

1. *The Final Process Towards Kosovo's Independence*

On 17 February 2008 the representatives of the people of Kosovo, acting outside the framework of the United Nations Interim Administration (UNMIK), unilaterally declared the independence of the Balkan territory without violating the constitutional framework or Resolution 1244 (1999) of the Security Council, or any other applicable rule of international law, according to the ICJ Advisory Opinion of July 22, 2010.⁴ The political process for the determination of the status of Kosovo had begun with the involvement of the United Nations, but the impossibility of consensus within the Security Council and between Kosovo and Serbia rendered the efforts for a negotiated solution sterile. After the Declaration of Independence, a number of countries have recognized Kosovo's statehood, of which 22 are part of the European Union, with the exclusion of Slovakia, Spain, Cyprus, Greece and Romania.⁵

The last piece of the itinerary followed by Kosovo in the determination of its status until reaching this Declaration of Independence can be summarized in the following terms.

³ Cunliffe, Philip, "Sovereignty and the Politics of Responsibility", in Bickerton, Christopher J. *et al.*, *Politics without Sovereignty. A Critique of Contemporary International Relations*, University College London Press, 2007, p. 39.

⁴ The Advisory Opinion of the International Court of Justice on Conformity with International Law of the unilateral Declaration of Independence of Kosovo can be found in the document of the General Assembly of the United Nations A/64/881, 26 July 2010.

⁵ For an updated list, see the web page: <http://www.kosovothankyou.com>.

In May 2005, the UN Secretary-General appointed Ambassador Kai Eide as its Special Envoy to Kosovo to carry out a comprehensive review of the province. In a letter addressed to the Security Council on 7 October 2005, in the wake of the so-called Eide Report, the Secretary General concluded that the time had come to move on to the next phase of the political process in Kosovo. On 24 October of that same year the Security Council expressed its support for the beginning of the political process:

The Security Council agrees with Ambassador Eide's general assessment that, despite the problems that still exist in Kosovo and in the region in the broadest sense, the time has come to move on to the next phase of the political process. Accordingly, the Council supports the Secretary-General's intention to initiate a political process to determine the future status of Kosovo, as provided for in Security Council Resolution 1244 (1999).⁶

On 31 October 2005 the UN Secretary General informed the Security Council of his intention to appoint Martti Ahtisaari, former President of Finland, as Special Envoy, to lead the political process on the future legal status of Kosovo, and to appoint Austrian Albert Rohan as deputy to the Special Envoy. The Security Council endorsed the appointments in a letter dated 10 November 2005.⁷

On 15 March 2007 Albert Rohan delivered to the Secretary General the "Final Integral Proposal for the Establishment of the Legal Status of Kosovo" (hereinafter the "Ahtisaari Plan"), accompanied by the Report of the Special Envoy. Both documents were officially forwarded to the Security Council on 26 March and are known as the "Ahtisaari Package", which recommended that Kosovo's status be independence, overseen by the international community.⁸

⁶ Security Council (United Nations), "Statement by the President of the Security Council", S/PRST/2005/51, 24 October 2005, available at: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/2005/51.

⁷ Security Council (United Nations), "Letter Dated 10 November 2005 from the President of the Security Council Addressed to the Secretary-General", S/2005/709, available at: <https://reliefweb.int/report/serbia/kosovo-letter-dated-10-nov-president-security-council-addressed-secretary-general>.

⁸ Security Council (United Nations), "Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's Future Status", S/2007/168, 26 March 2007, available at: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/4BF3EA59396D0797852572AA007977D0-Full_Report.pdf; Security Council (United Nations), "Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement",

The aim of the Ahtisaari Plan was to define the needs for a viable, sustainable and stable future for Kosovo. It included detailed measures to ensure the promotion and protection of the rights of minorities and their members, the effective decentralization of government and the preservation and protection of cultural and religious heritage. Additionally, the Plan established constitutional, economic and security provisions, all aimed at the development of a multi-ethnic, democratic and prosperous Kosovo. An important element of the Plan was the mandate for a future international civil presence to oversee its implementation and assist the competent authorities in their task of ensuring peace and stability. The Ahtisaari Plan was given hierarchical superiority over the rest of the laws of Kosovo.

Recognizing that fulfilling the Plan was going to require great efforts, an international presence was foreseen to supervise and support the work of the authorities and that it would consist of: 1) an International Civilian Representative (ICR), who will also be the Special Representative of the European Union and will be appointed by the International Steering Group.⁹ This was the ultimate authority to oversee the implementation of the Plan and had specific powers conferred to ensure its success, which included the capacity of nullifying the decisions taken by the Kosovo authorities and sanctioning or dismissing public officials whose actions were contrary to the spirit or the letter of the Plan; 2) a European Security and Defense Mission, which will deal with areas related to the rule of law, police, administration of justice, customs and prisons and may assume additional responsibilities to ensure the maintenance of law and public order; 3) an international military presence of NATO; 4) the OSCE mission, which was requested to assist in the supervision, but which, finally, will remain present without recognizing the validity of the Ahtisaari Plan.

After the entry into force of the document, a transition period of 120 days was foreseen, during which the mandate of UNMIK was to remain in

S/2007/168/Add.1, 26 March 2007, available at: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20168.Add1.pdf>.

⁹ The ICR was appointed by the International Steering Group on 28 February 2008. The International Steering Group was an organization formed by States that supported the total implementation of the Ahtisaari Plan and the independence of Kosovo. Pieter Feith (ex NATO official) was appointed as International Civilian Representative, and simultaneously the Special Representative of the European Union in Kosovo. The ICR mandate was due to continue until Kosovo fulfilled the terms of the agreement, concluded officially on 10 September 2012 with what was called “supervised independence”.

force. During this period, the Parliament, in consultation with the ICR, would approve the Constitution and the necessary legislation, which would be effective as soon as the transition period was over.¹⁰ At that time the mandate of UNMIK would also expire and all its legislative and executive authority would have to pass in block to the Kosovo authorities. The general and municipal elections were expected to be held within 10 months after the Plan came into effect, and they actually took place.

While the Kosovar authorities tried to carry out the Ahtisaari Plan and conform to the principles and conditions it established, UNMIK ignored the existence of the new Plan and remained unchanged guarding a kind of *status quo* and showing respect to the “symbolic sovereignty” of Serbia, even after independence was declared. The OSCE, formally a pillar of UNMIK, opted to be neutral and the European institutions were divided with mixed positions. The previous confusion led to a political and social chaos that blocked any significant progress.

The chaos was caused initially by the veto of the UN Security Council, which prevented the approval of the Ahtisaari Plan. The cycle of events was as follows: after the negotiations that began in 2005 and culminated with the presentation in 2007 of the Ahtisaari Plan, a Security Council fact-finding mission visited Brussels, Belgrade, Prishtina and Vienna. On 29 July 2007, in view of the permanent differences in the Security Council regarding Kosovo and the subsequent agreement of the Contact Group to continue the process, the then High Representative of the EU for Foreign Policy and Common Security, Javier Solana, appointed the German diplomat Wolfgang Ischinger as a representative of a troika formed by the EU, Russia and the US, responsible for facilitating a compromise between Belgrade and Prishtina on the future of Kosovo.

On 1 August 2007 Ban Ki-moon, then Secretary General of the United Nations applauded the initiative of the Contact Group, adding that “the international community must find a timely solution that addresses the key issues for all minorities living in Kosovo and give clarity to the status of Kosovo. The *status quo* is not sustainable”.¹¹ The Troika report of 4 December 2007, created by the Contact Group for Kosovo explicitly acknowledged

¹⁰ The Constitution of the Republic of Kosovo was approved on 9 April 2008 and has been in force since 15 June 2008. Available at: <http://www.kushtetutakosoves.info/?cid=2,1>.

¹¹ Secretary General of the United Nations, “Statement on the New Period of Engagement on Kosovo”, 1 August 2007, available at: <http://www.un.org/sg/statements/?nid=2692>.

that “the parties discussed multiple options, such as total independence, territorial partition, substantial autonomy, confederate agreements, even a silent status of *agreement for disagreement*... the parties were unable to reach an agreement on the final status of Kosovo”. None of them were willing to alter their position on the fundamental question of Kosovo’s sovereignty. “This is unfortunate since an agreed status is in the interests of both parties”.¹² Ahtisaari had already warned, in his Report, of such a scenario:

For the past eight years, Kosovo and Serbia have been governed in complete separation. The establishment of the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK) pursuant to resolution 1244 (1999), and its assumption of all legislative, executive and judicial authority throughout Kosovo, has created a situation in which Serbia has not exercised any governing authority over Kosovo. This is a reality one cannot deny; it is irreversible. A return of Serbian rule over Kosovo would not be acceptable to the overwhelming majority of the people of Kosovo. Belgrade could not regain its authority without provoking violent opposition. Autonomy of Kosovo within the borders of Serbia —however notional such autonomy may be— is simply not tenable.¹³

In the midst of this situation of paralysis, once the failure of the Troika, which could continue for decades, was verified, Kosovo declared its independence unilaterally, yet backed by the US and the EU.¹⁴ The Declaration of Independence, proclaimed by the Kosovo Parliament, on behalf of the people of Kosovo, mentions the commitment of the new State to the Ahtisaari Plan.

Through the adoption of the Plan, Kosovo expressed its commitment to democracy and human rights, its resignation to a prolonged international presence in the territory and its acceptance that the Serbian minority and

¹² Security Council (United Nations), “Report of the European Union/United States/Russian Federation Troika on Kosovo”, S/2007/723, 10 December 2007, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20723.pdf>.

¹³ Security Council (United Nations), “Report of the Special Envoy of the Secretary-General...”, *cit.*, p. 3.

¹⁴ In the weeks previous to the Declaration of Independence, a number of articles were published about the willingness to recognize a potential new State of Kosovo in several North American and European media. See Vidmar, Jure, “International Legal Responses to Kosovo’s Declaration of Independence”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, no. 42, 2009, p. 804.

its church would enjoy wide privileges. But Kosovo, by signing the Ahtisaari Plan, also took over the obligations contracted up to that moment in its name and which allowed restrictions on its sovereignty. When the Constitution of the Republic of Kosovo entered into force on June 15, 2008, it also subscribed to the prescriptions of the Ahtisaari Plan, confirming the limitations of the recently inaugurated sovereignty. A perfect example of this is article 153 of the Constitution:

Notwithstanding the provisions of this Constitution, the International Military Presence shall possess the mandate and authority provided for in international instruments, including the Resolution of the United Nations Security Council 1244 and the Comprehensive Proposal of Agreement on the Statute of Kosovo dated March 26, 2007. The Head of the International Military Presence will be, in accordance with the Comprehensive Proposal for an Agreement on the Statute of Kosovo of March 26, 2007, the ultimate authority on the scene regarding the interpretation of the aspects of the aforementioned Agreement that refer to the International Military Presence. No authority of the Republic of Kosovo shall have jurisdiction to review, diminish or restrict the mandate, powers and obligations referred to in this article.¹⁵

Kosovo was still far from having detached itself from international control. After independence, the mission of the European Union EULEX was deployed in the territory. EULEX was born with the Ahtisaari Plan, but the lack of approval from the Security Council made it necessary to dissociate itself from the Plan and adhere to the framework of Resolution 1244 (1999) of the Security Council.

2. EULEX

The European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX) is the largest civil mission organized by the EU's Common Security and Defense Policy.¹⁶ Its official objective was to assist and support the Kosovo authorities in the areas connected to rule of law, specifically police, administration

¹⁵ Constitution of Kosovo.

¹⁶ Almost all the members of the EU as well as Norway, Switzerland, Turkey, Croatia and Canada contribute to the mission.

of justice and customs. Unlike UNMIK, the Mission was not launched in Kosovo to govern or legislate, it was meant as a technical mission that should supervise, train and advise local authorities, ensure public order, combat corruption, fraud and financial crimes and ensure that serious crimes were investigated and prosecuted while retaining a number of executive powers, which officially ceased in June 2018. From that point, EULEX remained with a reduced mandate of supervision and support.¹⁷ The executive powers focused on the areas of police and justice and included major investigations and judicial procedures, but they included as well the disavowal of the decisions of local authorities and the possibility of making decisions prevailing over them.

As mentioned before, the EU accepted Serbia's demand (backed by Russia) not to implement the Ahtisaari Plan through EULEX, which would remain neutral with respect to Kosovo's status, in this way EULEX was accepted by both Serbia and by the Security Council.¹⁸

Therefore, EULEX works within the general framework of Resolution 1244 and has a direct unified chain of command with Brussels.¹⁹ On 25 August 2009, EULEX was subject to violent protests, which caused damage to 28 official vehicles by Kosovo-Albanians who were against an international presence that violated the sovereignty of Kosovo. Three policemen were

¹⁷ The initial mandate expired on 14 June 2012, but has been extended several times. See European Union Council, "Council Decision (CFSP) 2018/856 Amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo", available at: <http://www.eulex-kosovo.eu/eul/repository/docs/CouncilDecision-203336.pdf>.

¹⁸ The long path of EULEX to be accepted, and its place in the mandate of Resolution 1244, is explained in detail in Wet, Erika de, "The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of Eulex", *The American Journal of International Law*, vol. 103, no. 1, 2009, pp. 83-96. On EULEX, see Greiçevci, Labinot, "EU Actor in International Affairs: The Case of EULEX Mission in Kosovo", *Perspectives on European Politics and Society*, vol. 12, no. 3, 2011; Richter, Solveig, "Promoting Rule of Law without State-Building: Can EULEX Square the Circle in Kosovo?", in Asseburg, Muriel and Kempin, Ronja, *The EU as a Strategic Actor in the Realm of Security and Defense? A Systematic Assessment of ESDP Missions and Operations*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Research Paper 2009/RP 14, December 2009; Džihvić, Vedran and Kramer, Helmut, "Kosovo After Independence. Is the EU's EULEX Mission Delivering on its Promises?", *International Policy Analysis*, Berlin, 2009, available at: <https://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/06571.pdf>.

¹⁹ See, among others, Spornbauer, Martina, "EULEX Kosovo: The Difficult Deployment and Challenging Implementation of the Most Comprehensive Civilian EU Operation to Date", *German Law Journal*, vol. 11, no. 8, 2010.

injured and 21 arrests were made. There is resentment towards EULEX for exercising its executive powers in the newborn country while trying to mediate between Kosovo and Serbia, and a deep sense of deception because of the European Commission's final submission to Resolution 1244. Its policies focused on crisis management rather than in its resolution, and the claim of ethnic autonomy and its extensive mandate on the governance of Kosovo are added causes of discontent with EULEX.

However, and fortunately, an independent Kosovo allows us to observe legal figures and political phenomena that go beyond its relationship with external powers, which have their origin in the Kosovar system itself. In this sense, we consider it necessary to examine the approach and the reflection, although brief, of the characteristics of what could be identified as the "basic norm", or *Grundnorm*, of the Kosovar legal system.

II. THE *GRUNDNORM* OF THE KOSOVAR LEGAL SYSTEM

What the Ahtisaari Plan proposed for Kosovo could be qualified as a category of "conditional independence". To achieve this independence, Resolution 1244 had to be repealed.²⁰ As described, due to constant disagreements between the US and Russia, the Plan did not achieve the approval of the Security Council, leaving Resolution 1244 formally in force. However, the validity of the Resolution can be questioned, given the completion of the mandate it contains and the new legal and political reality existing in the domestic and international spheres. It could be concluded, then, that the Ahtisaari Plan offered a conditional statehood to Kosovo, at least in a substantive legal context. And, in any case and in spite of this conditionality, it is evident that the hugely relevant political consequence of the Plan was the authorization to adopt a Constitution recognized by the people of Kosovo.

Unlike what happens in western models, an important debate arises in Kosovo about the supremacy of the Constitution in the legal order. According to Doli and Korenica, which are based on Hans Kelsen's theories on the *Grundnorm*, there is a fork, a divergence, in the *Grundnorm* of Kosovo between

²⁰ The term "conditional independence" can be found in multiple texts, for example, Tansey, Oisín, "Kosovo: Independence and Tutelage", *Journal of Democracy*, vol. 20, no. 2, 2009.

the Constitution and the Ahtisaari Plan, which suggests that the validation of norms in the legal system of Kosovo has been carried out by distributing the work between both texts. The analysis of these authors focuses on the revision of the relationship between both texts —Constitution of Kosovo and Ahtisaari Plan—²¹ and more specifically, in elucidating which of them is the highest ranking. It is appropriate to remember Hans Kelsen. When he talks about the *Grundnorm*, in the *Pure Theory of Law*, he says:

This norm, presupposed as the basic norm, supplies both the reason for the validity and the content of the norms deduced from it in a logical operation. A system of norms, whose reason for validity and content is deduced from a norm presupposed as a basic norm is a *static norm system*. . . . However the norm from whose content the other norms are deduced in the described fashion can be regarded as basic norm only if its content is assumed to be directly evident.²²

And he adds:

(T)he basic norm is that norm which is presupposed when the custom through which the constitution has come into existence, or the constitution-creating act consciously performed by certain human beings, is objectively interpreted as a norm-creating fact; if, in the latter case, the individual or the assembly of individuals who created the constitution on which the legal order rests, are looked upon as norm-creating authorities. In this sense, the basic norm determines the basic fact of law creation and may in this respect be described as the constitution in a logical sense of the word. . . . in contradistinction to the constitution in the meaning of positive law. The basic norm is the presupposed starting point of a procedure: the procedure of positive law creation.²³

The Constitution of Kosovo declares itself to be the highest legal act of the Republic of Kosovo, hierarchically superior to any law. In the same way as other continental European Constitutions, it states that the power to govern arises from the Constitution; assumes the respect to international law

²¹ Doli, Dren and Korenica, Fisnik, “What about Kosovo’s Constitution: Is There Anything Special?”, *Vienna Journal of International Constitutional Law*, vol. 5, no. 1, 2011, p. 54.

²² Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 2nd. ed., trans. of Max Knight, New Jersey, The Law-book Exchange, 1967-2005, pp. 195 and 196.

²³ *Ibidem*, p. 199.

and declares that any person or entity in the Republic of Kosovo is subject to the provisions of the Constitution.²⁴

The Constitution, therefore, is proclaimed and established as the source and summit of the entire legal system, but also specifies that notwithstanding the provisions of the Constitution, the authorities of the Republic of Kosovo will comply with the obligations established in the Ahtisaari Package and take all necessary actions for its implementation. In a similar line, the Constitution states that the provisions of the Ahtisaari Package will take precedence over any other legal provision in Kosovo; the Constitution, laws and any legal acts of the Republic of Kosovo will be interpreted in compliance with the Package and in case there are inconsistencies between the Constitution, the laws or any legal acts of the Republic of Kosovo and the provisions of the said document, this last shall prevail.²⁵

In the opinion of Doli and Korenica, these paragraphs set out the essential internal conflict of the Constitution of Kosovo, which is proclaimed as the supreme legal act while declaring that the Ahtisaari Plan will be put above the Constitution. The authors then ask whether there is a possibility that a Constitution is the superior legal act, that it provides validity to the rules of the system, while subordinating itself to another act with legal meaning and conclude that the answer lies in the analysis of the Ahtisaari Plan as a legal act, the examination of the matters it regulates and whether it grants validity to other legal norms of the Kosovar legal system. This seems to be the way to identify the “basic norm” of the current legal system of Kosovo.

The Ahtisaari Plan stipulates a series of rules that will preside the internal governance of Kosovo, announces independence as the appropriate model, establishes international limits, establishes rights and duties for citizens and prescribes obligations in relation to the material contents of the future Constitution of Kosovo. The Plan, therefore, responding to the issue of the matters it regulates, includes constitutional matters and with respect to the question of whether it grants validity to other norms, does so by virtue of article 143 of the Constitution of Kosovo.

In the substantive context, it can be argued that the Ahtisaari Plan possesses legal attributes, even of constitutional rank. But the important question of whether it is conceptually possible to consider the Plan as a properly legal act remains closely linked and conditioned, ultimately, to the consideration

²⁴ Constitution of Kosovo, article 16.

²⁵ *Ibidem*, article 143.

and assessment that is appropriate to attribute to the procedure followed in its adoption. The Plan was never approved by the United Nations or by any international organization, and it is not even possible to show the support of an express multilateral agreement. What, then, is the source of legitimacy of the Ahtisaari Plan? The legal authority of the document comes from a single source: The Constitution of Kosovo. Therefore, the Ahtisaari Plan cannot properly be considered the basis of validity of the Constitution, although the Ahtisaari Plan authorizes its adoption, it did not have the legal power to do so. According to Doli and Korenica, it is the Constitution that serves as the basis of validity for the Ahtisaari Plan.²⁶

If we may be allowed an explanatory simplification, the conclusion would be, therefore, that the Constitution of the Republic of Kosovo, perhaps far from the “classical” constitutional model, stands as the “basic norm”, and

(G)iven that the Ahtisaari Plan acquires its foundation and can be applied through the Constitution, this norm cannot be subordinated to the Plan. This argument follows the logic of the theory of the *Grundnorm*, since the power of an act (the Ahtisaari Package) cannot be derived from an inferior act, given that the validity of the acts, or the attribution of binding force, can occur only if it comes from a higher legal basis. Therefore, although the Constitution recognizes the supremacy to the Ahtisaari Plan, it cannot really do so. Only if the Ahtisaari Plan had been approved by an international organization or by the domestic authority, would this have been possible. But since the Ahtisaari Plan has not been approved internally or internationally, except for the Constitution of Kosovo, no primacy can be asserted for the Constitution... That is to say, the Constitution, like the Kelsenian *Grundnorm*, cannot grant supremacy to the Ahtisaari Plan and at the same time be the source of that supremacy.²⁷

We are undoubtedly facing one of the oldest and most complex issues that have occupied and greatly concerned the philosophy of law and the contemporary State, a powerful reason to avoid improper simplifications and to reject any temptation to theoretical frivolity.

But we need to advance our discrepancy with respect to the conclusion outlined above, insofar as we understand that it is not conceptually possible to consider the Constitution of Kosovo as the *Grundnorm* of its legal system,

²⁶ Doli, Dren and Korenica, Fisnik, *op. cit.*, p. 50.

²⁷ *Ibidem*, p. 57.

or at least, as the source of validity of this system. We must conclude that it is not its Constitution, classical or not, bifurcated or supreme, but the Declaration of Independence of Kosovo, which stands as a source of legitimacy and validity of the Kosovar legal system. As the International Court of Justice ruled:

(T)he authors of the Declaration of Independence of 17 February 2008 did not act as an interim institution of self-government within the Constitutional Framework, but as persons acting jointly, in their capacity of representatives of the Kosovo people, outside the framework of the provisional administration.²⁸

It can be argued, with not many difficulties, that these representatives of the people of Kosovo stand as a constituent power at the moment of signing the Declaration of Independence, which is the source of legitimacy of all the norms and legal principles of the Kosovar legal system.

III. RECOGNITION OF STATES AND THE CONTRAVENTION OF *IUS COGENS* RULES

The recognition of States has always been permeated by competing doctrines about the constitutive and declaratory character of recognition. The contraposition of these two doctrines dominates the discussion on the subject.

The constitutive theory of recognition of States sees the act of recognition as a necessary precondition for the survival of a State's capabilities. Its practical effect is not to attribute international legal personality to the "State" not recognized by the international community.²⁹

As Talmon explains:

The constitutive theory is an expression of an outdated, positivist view of international law as a purely consensual system, where legal relations can only arise with

²⁸ Advisory Opinion on Kosovo..., *cit.*, p. 43.

²⁹ Dal Ri Júnior, Arno and Carnesella, Gustavo, "El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del derecho internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la «Opinión Consultiva Kosovo» (1933-2010)", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017, pp. 513-546.

the consent of those concerned. From this point of view, fulfilling the conditions for statehood alone does not suffice to render an entity a subject of international law, thus leaving the non-recognized State without rights and obligations *vis-à-vis* the non-recognizing States; in other words, international law does not apply between them.³⁰

The predominant view is the one that considers that state recognition just “establishes, confirms or provides evidence of the objective legal situation”.³¹ Therefore “the international legal personality of a State and its concomitant rights and obligations solely depend on it being able to satisfy the criteria for statehood”.³²

Many countries have recognized Kosovo and have mentioned, in their recognition texts, the oppression and violence suffered by its population under Serbian rule. However, remedial secession explanation seems far from the Kosovo case because secession happened almost ten years after oppression and Serbian rule ended. If independence had happened in 1999, after the NATO humanitarian intervention, this argument could have been accepted.³³ In any case, “the remedial secession doctrine not only has weak theoretical foundations, but also no support in state practice”.³⁴

It could be discussed that, in this case, a kind of non-recognition obligation may operate, due to Kosovo being born as a State in alleged violation of *ius cogens* rules, referring to the illegal NATO intervention that took place in 1999. The humanitarian intervention in Kosovo was not approved by the United Nations’ Security Council, therefore its legality cannot be defended in accordance with the United Nations Charter. One of the results of this armed intervention was the *de facto* separation of Kosovo and the absolute loss of Serbian control over the territory.³⁵

³⁰ Talmon, Stefan, “The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*”, *British Yearbook of International Law*, vol. 75, no. 1, 2004, p. 102.

³¹ *Ibidem*, p. 105.

³² *Ibidem*, p. 106.

³³ Vidmar, Jure, “Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice”, *St. Antony’s International Review*, vol. 6, no. 1, 2010, p. 49.

³⁴ *Ibidem*, p. 37.

³⁵ Jara Gómez, Ana M., “Soberanía, guerras justas y responsabilidad de proteger”, *Criterio Jurídico*, vol. 16, no. 2, 2016, p. 180, available at: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/2127>. On humanitarian intervention, see Mayall, James, “Humanitarian Intervention Revisited”, in Buckley, Mary and Cummings, Sally N. (eds.), *Kosovo. Perceptions*

But it must be said the case of Kosovo is an example of intervention undertaken, among other things, to save a people at risk of annihilation, and also an example of multilateralism, as opposed to the decisions of a single attacking power based on particular reasons. Nineteen powers, almost all of them of Christian tradition, intervened to protect a Muslim minority from the attacks of a Christian-majority state. The speed of the Serbian assault on the Kosovars, once the bombing began, seemed to confirm that ethnic cleansing was the Serbian target, just as it had been shortly before in Bosnia and Herzegovina, where Serbia perpetrated a genocide.³⁶

Judge Bruno Simma stated there are “hard cases” involving terrible dilemmas in which imperative moral and political considerations leave no alternative but to act outside the law. Of course, if these instances become generalized, they have the power to undermine the entire system of collective security.³⁷ In an even stronger defense of the legitimacy of NATO’s actions is offered by Judge Cassese, who argued:

(A)ny person of common sense is justified in asking him or herself the following dramatic question: Faced with such an enormous human-made tragedy and given the inaction of the UN Security Council due to the refusal of Russia and China to countenance any significant involvement by the international community to stop the massacres and expulsions, should one sit idly by and watch thousands of human beings being slaughtered or brutally persecuted? Should one remain silent and inactive only because the existing body of international law proves incapable of remedying such a situation? Or, rather, should respect for the Rule of Law be sacrificed on the altar of human compassion?³⁸

of War and its Aftermath, Great Britain, Bookends Ltd., 2001, pp. 266-276; Murphy, Sean D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996; Holzgrefe, J. L. and Keohane, Robert E. (eds.), *Humanitarian Intervention Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, 2003; Kreß, Christian, *When Is Military Intervention Morally Justified?*, Norderstedt, Grin Verlag für Akademische Texte, 2005.

³⁶ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Radislav Krstic, Srebrenica-Drina Corps*, case IT-98-33 (*Krstic Trial Chamber Judgment and Krstic Appeals Chamber Judgment*).

³⁷ Simma, Bruno, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999.

³⁸ Cassese, Antonio, “*Ex Iniuria Ius Oritur*: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 25.

We understand that it is not a matter of sacrificing the law on the altar of compassion; it is a matter of defending the law in the face of political interests, which prevent it from acting. If China and Russia had voted in favor of intervention, it would have been immediately legal, the situation in Kosovo staying exactly the same. Therefore, it is not what is happening in Kosovo that calls into question the Rule of Law.³⁹

However, because respect for human rights standards was imposed in serious breach of the procedural rules of international law, the intervention was, and this cannot be doubted, illegal.

Mention must be made, however briefly, of the contradiction concerning the existence of *ius cogens* rules, which, unlike most international rules, cannot be derogated or changed by a treaty. Rules of *ius cogens* are defined precisely because they can only be overturned by another rule of *ius cogens*, so that for a behavior not in conformity with such rule to become legal there is no other way than illegality.

The possibility of a conflict between *ius cogens* rules is not meta-legal speculation, the prohibition of intervention and the prohibition of committing genocide express this conflict well. The rules dealing with the unlawful use of force are the first to be highlighted by the International Law Commission as an example of *ius cogens* rule, and large-scale violations of human rights appear to be on the same level. This conflict seems unsolvable. One thesis that emerges coherent to us is that in case there is a clash of two *ius cogens* norms, one norm may have developed the other through the acts that violate it.⁴⁰ The issue may be considered from the perspective of the appropriate normative scope of each of them. This, in the case of the NATO intervention in Kosovo, would mean that the right of a State to be immune from unilateral armed intervention by another State or group of States exists only insofar as the intervened State has not itself violated the *ius cogens* norm which forbids it from massively violating certain human rights obligations which are themselves *ius cogens* norms. Otherwise, humanitarian countermeasures could be accommodated in this context.⁴¹

³⁹ Jara Gómez, Ana M., *Kosovo en el laberinto. Estado, derecho y derechos*, Granada, Comares, 2019.

⁴⁰ Rodley, Nigel S. and Çali, Başak, "Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law", *Human Rights Law Review*, vol. 7, no. 2, 2007, p. 291.

⁴¹ *Ibidem*, p. 292. There are authors who, admitting the absence of a legal basis in the United Nations Charter for unilateral humanitarian intervention, argue that such interventions

IV. KOSOVO FROM SPAIN: THE PERVERSION OF A BIASED GAZE

In our opinion, views on the Balkans, and particularly those directed at Kosovo, have often been conditioned by opportunistic *ad hoc* instrumentalizations or by partial acceptances with reservations, all too often neglecting the inescapable perspective of human rights or the more specific ones of the interests of the population directly affected. In this sense, the Spanish gaze has not been, and to this day still is not, free of such bias, constituting a sui generis version of its foreign policy of security and cooperation. Spain, unlike most of its European partners, including countries with recognized territorial problems such as the United Kingdom or Belgium, opted to yield its position on Kosovo to the territorial nervousness of its internal policy. The issue of Spanish position on Kosovo is so simple that, neither in substance nor in form, neither in its official version nor in its unofficial version, seems worth much interest.

However, there are issues that, once installed in the field of sociopolitical practice or in the field of theoretical-doctrinal debate and beyond its intrinsic relevance and interest for the question in hand, acquire such a level of insistence and repetition that their treatment ends up being forced or, to the contrary, their circumvention requires, inescapably, a justifying explanation.

Without reaching the levels of a large public debate and without properly generating a soundly-based rigorous theoretical reflection, it is true that the Spanish position on Kosovo has been controversial, sometimes bitter, often emotion-filled, not always coherently argued and generally analyzed in connection with the internal territorial issue and, more specifically, with the problem of the Catalan independence movement. A sort of political strabismus takes place in Spain when looking at Kosovo.

It is generally known that Spain, after the fierce war in Kosovo, participated decisively and actively, for practically a decade, in the pacification, security and stability plan, deployed by NATO forces in the territory (KFOR),

are permitted under customary international law. See Wheeler, Nicholas J. and Bellamy, Alex J., "Humanitarian Intervention in World Politics", in Baylis, John and Smith, Steven (eds.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 525.

pursuant to Resolution 1244 (1999) of the UN Security Council. It is also known that, in the month of March 2009, after ten years of military cooperation and more than a year after the unilateral Declaration of Independence by Kosovo, Spain announced abruptly, in open dissonance with NATO, with the United States, with its EU partners and with the Kosovo authorities themselves, the unilateral decision to withdraw its troops from Kosovo, generating a climate of confusion, perplexity and international bewilderment.

Spain certified in this way, and perhaps here lies the true dimension of the fact, an evident shift of its traditional foreign policy of security and cooperation, aligned until then with its European partners, and installed in the score of domestic politics, riskily submitting the external policy to the requirements of a purely domestic political-electoral conjuncture. It cannot be concealed from anyone that the Spanish government, established a year before, after the general elections of March 2008, in whose electoral campaign it had carefully avoided the issue of Kosovo,⁴² was already immersed in a context of acute economic-financial crisis and it was rapidly entering into a deep political crisis, in which the territorial debate was no minor matter.

Although some public statements can be dated prior to 2009, it is from the moment described that the position of Spain is made explicit with greater clarity, without excluding, given its genuine complexity, certain inconsistencies and some contradictions.

The truth is that Spain has been confusingly arguing, and continues to do so, that the objectives of peace and stability pursued in Kosovo have been met, that it maintains its will to continue contributing to security and stability in the region, which is not coherent to participate in tasks of “national construction” whose international legality it does not recognize and that recognizing a unilateral Declaration of Independence within the European territorial framework sets a dangerous precedent, with clear and direct impact on the Basque Country and Catalonia. Far from such argument we want to remember the epic description that was made in *Revista Española de*

⁴² See “The Revelations of WikiLeaks”, *El País*, 12 April 2010. Here it can be read that the acting government did not want to speak on the matter “before the elections”, and its spokesman “wants the issue out of the headlines”, although leaving explicit evidence that, “if the candidate Zapatero is re-elected, it would be open to continue dialogue on cooperation with the United States aimed at a consensus of the European Union to achieve peace and stability in the Balkans”. This is true, and thus it is recognized, that Spanish support of the unilateral Declaration of Independence on the part of Kosovo, was neither politically possible nor realistic “... in the midst of a much disputed campaign”.

Defensa, ten years ago, on the presence and objectives of Spain's troops in the area, responding to the "cry of the most basic human feelings" and to the "new course that the defense policy has taken, more in line with the place that Spain occupies today in the world".⁴³

A brief review of the official statements on the Spanish decision to modify its role in Kosovo, and a superficial glance at the newspaper archives, forced by the prominence assigned to the matter in the media, allows us to appreciate the inadequacy of the argument at the same time that it fully confirms, in our understanding, the political turn to which we have referred. It is true that there have been voices critical to the official discourse, which have fought the spurious assimilation of Kosovo with Catalonia, have claimed greater doses of prudence and nuances in the Spanish position, have suggested the need to formalize some Spanish presence in Kosovo, have highlighted the need to re-attune to the majority position in Europe and, above all, have questioned any attempt by Spain to intone any "irritating chant to the moral and political superiority of the Spanish position compared to the rest of the European advanced democracies".⁴⁴

However, the fact is that more than ten years have passed since Spain left Kosovo and nothing has changed its position. Neither the alterations in the Spanish political map, nor the movements in EU policy, nor the repeated pronouncements from the Balkan country, have altered the Spanish position,

⁴³ Together with the detailed and emotional account of visits to Spanish troops by the President of the Government and his Minister of Defense, headed by the banner "Thank You Spain", held at the southern exit of the Spanish base in Istog, it is worth mentioning the strong and committed message from the Chief Colonel of the Spanish contingent in Kosovo and Second Chief of the West Sector of KFOR: "Our mission is to give security and guarantee to the people that Kosovo has a future... we must contribute to rewrite the history of this country". *Revista Española de Defensa*, no. 137-138, July-August 1999, pp. 6-8.

⁴⁴ Taibo, Carlos, "Los horizontes para Kosovo", *El País*, 15 April 1998; Taibo, Carlos, "¿Y por qué no un Kosovo independiente?", *El País*, 18 April 1999; Taibo, Carlos, "Incomodidades kosovares", *El Correo*, 3 January 2008; Taibo, Carlos, "Kosovo y las esencias", *Público*, 16 February 2008. See also Molina, Ignacio, "Kosovo como problema. Europa, la solución", *El País*, 15 December 2010; Molina, Ignacio, "Kosovo y Cataluña: distintos y distantes", *Real Instituto Elcano*, 6 December 2012; Vaquer i Fanés, Jordi, "Kosovo avanza, pese a las dificultades", *Opinión CIDOB*, no. 95, 17 December 2010; Manzano, Cristina, "¿A quién le importa Kosovo?", *Huffington Post*, 10 May 2013; Vidal Folch, Xavier, "Cataluña no es Kosovo", *El País*, 13 August 2017; Fernández Ibáñez, Miguel, "Kosovo, el Estado medio fallido que se siente traicionado", *Público*, 17 February 2018; Altares, Guillermo, "El problema de Kosovo es su excepcionalidad", *El País*, 4 May 2018; Carnicero, Carlos, "Kosovo: una china en el zapato de Rajoy", *Huffington Post*, 17 May 2018.

apparently monolithic and politically peaceful. Simplifying things, one might think that Spain looks at Kosovo and sees the secessionist Catalonia and the Basque Country; and pro-independent Catalonia looks at Kosovo and sees itself. Spain continues then, not to see Kosovo.

Officially, no one sees Kosovo anymore in the midst of violence, ethnic cleansing, persecution and war; no one sees, officially, genocidal practices, the systematic violation of human rights, the plundering and destruction of the productive industry; no one, officially, sees Kosovo as a European matter.

Spain, once the champion of a European common foreign and security policy, has ended by imposing a perverse utilitarian and instrumental logic that breaks with the common European policy, disregards the defense and protection of human rights and blatantly forgets the sovereign will “to collaborate in the strengthening of peaceful relations and effective cooperation among all the peoples of the Earth”, proclaimed in the preamble to the Spanish Constitution.

At this point, it may be necessary to conclude that only fear, ignorance or cynicism may attribute to Kosovo the enormous capacity that seems to be presumed from Spain. As professor Ignacio Molina pointed out, “mismanaged domestic interests and fears” have contributed to the loss of the values traditionally present in our foreign and cooperation policy.⁴⁵ And perhaps, in a commendable mental effort to comprehend, someone can come to understand how, if it is admitted and proclaimed insistently by politicians and government officials, that Catalonia is not Kosovo, why does the official discourse of our foreign policy assimilate them openly, until granting the young Balkan State the status of inadmissible precedent for Catalonia? When one approaches the Spanish discourse about Kosovo, it is difficult not to evoke the novel stupidity, denounced by Hannah Arendt in her well-known “Reflections on the Pentagon Papers” consistent in making politics by disregarding the facts and giving satisfaction simultaneously to “diverse audiences” or “relevant audiences”, by making images aimed at “winning the people’s minds”.⁴⁶

⁴⁵ Molina, Ignacio, “Kosovo como problema, Europa como solución y la incidencia del Informe Marty”, *Aquiescencia*, 21 December 2010, available at: <https://aquiescencia.net/2010/12/21/kosovo-como-problema-europa-como-solucion-y-la-incidencia-del-informe-marty-por-ignacio-molina/>.

⁴⁶ Arendt, Hannah, “La mentira en política. Reflexiones sobre los documentos del Pentágono”, *Verdad y mentira en la política*, Barcelona, Página Indómita, 2017, pp. 105-108.

The remarkable bursting into the Spanish national scenario of the doctrinal requirements of the old legal dogmatic deserves special attention. Dogmatic was deployed in this case around the two classic structural principles of international law: sovereignty and territorial integrity of States and self-determination of peoples. Though we cannot obviously go into great detail, the treatment given by an important sector of Spanish doctrine to the ICJ Advisory Opinion on Kosovo is striking. It is true that also in this area, Spain has played a poor role, but perhaps this is not sufficient reason for such an enraged and distasteful reaction of the country's doctrine.⁴⁷ These ardent doctrinal explosions are not infrequent, but attributing legal inconsistency, politicization and irresponsibility to an international advisory and non-binding jurisdiction is, in itself, suspicious. Further, it negates the composing and promotional function of the law, evokes old natural rights and, of course, an almost sacred conception of the jurisdictional function transpires.

It would be unfair not to recognize the existence of more temperate doctrinal positions, which have highlighted the appeasing, pragmatic and constructive effect of the Advisory Opinion of the ICJ. For this sector, perhaps a minority, the ICJ's option to reconcile the denial to the existence of a right to unilateral secession with the "thesis of exceptionality", boosting the protection of human rights as a backdrop, contains a doubtless promising doctrine. Neither the doctrine of "remedial secession" nor the thesis of the right of "secession as sanction" can equal it in advantages and it may end up being the most useful thesis to respond to the concerns in which the current movement of the Spanish position on Kosovo is heading. After all, "nor will the defenders of the Spanish unity be able to use the example of the Serbian attitude... nor can the independence fighters use the case of Kosovo as a symbol or model to follow".⁴⁸

⁴⁷ See Jiménez Piernas, Carlos, "Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión Consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, 2011; Gutiérrez, Cesáreo and Bermejo, Romualdo, "De la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo" (Documento de trabajo, 35/2010), *Real Instituto Elcano*, 10 November 2010; López-Jurado, Carmen, "Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 21, 2011.

⁴⁸ Rizzi, Andrea, "Kosovo: una década de independencia, una odisea inacabada hacia el Estado de derecho", *El País*, 16 February 2018.

Kosovo, in the midst of enormous difficulties, continues advancing in the normalization of its relations with Serbia, in the consolidation of the Kosovar institutions of self-government and in the reconstruction of its productive industry and economy. From the point of view of its external effectiveness, therefore, it can be concluded that Kosovo is a viable State, which today can be linked, as a State, with over 110 countries.

The International Court of Justice made clear, as mentioned before, that Kosovo's Declaration of Independence was neither contrary to general international law, nor to Resolution 1244, of the Security Council, nor to its own constitutional framework. Faced with the rigid Spanish argument, based on an alleged violation of international law, it is not necessary to remember that violations of international law do not vary according to the State from which they are analyzed, since there is no Finnish, Russian or Spanish international law. If there were various international laws depending on the States, in addition to being a flagrant contradiction in terms, it would suppose the denial of the international order itself.

V. FINAL REMARKS

Kosovo deserves a more extended analysis and more reflection than it is authorized by the interested, accommodating and immoral use of violence, persecution, violation of human rights and the lack of freedoms suffered by others. But at this point in the story, Spain must know that Kosovo has not transitioned smoothly to independence nor has it been precisely a bed of roses. Nor has international support been given for free either. Kosovo did not reach its independence, after years of apartheid and a bloody war, without first experiencing the harsh effects of a severe "reconstruction", during which the EU carried out the privatization of practically all of Kosovo's public companies, sold at fire sale prices to companies of member countries. The former province suffered the administration of its territory, while the US-built Camp Bondsteel, the largest military base in the world, in Ferizaj. To date, the social and economic situation is recovering very slowly, maintaining unemployment rates of 30% (50% in young people).⁴⁹

⁴⁹ See document titled "Enlargement Countries – Labour Market Statistics", by Eurostat, available at: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/32178.pdf>.

The Spanish view on Kosovo is not a minor issue, neither for Kosovo, nor for Spain nor, of course, for Europe. Kosovo remains present in the agenda of Europe, but has practically disappeared from the Spanish public agenda, except for exhibition of actions of denial, opposition and veto.

The active and principled opposition of Spain to the recognition of Kosovo, suitably fueled by separatism whenever it publicly invokes the precedent of the Balkan country, hinders its aspirations of normality and constitutes a constant source of tension and controversy. Non recognition prevents Kosovo from being member, together with other countries of the region, of the international and European processes of democratization and development. Foreign private investment is paralyzed, as well as the possibility of credit from global institutions of which it cannot be a member. Organized crime cannot be fought properly without cross-border cooperation and Kosovo is unable to sign certain cooperation agreements, even to protect its valuable historical-artistic heritage. For citizens, the problem of valid passports and obtaining visas has made mobility, and often business, very difficult. The European citizens of Kosovo, who keep their trust in us intact, do not understand Spain's stance.

In the spring of 2009, as soon as the withdrawal of the Spanish troops from Kosovo was announced, I was asked, by a senior official of the Town Council of Peja, to translate a journalistic text that he wanted to publish in Spain. The document contained the emotional historical evocation of a young Kosovar, Xhemail Kada, who had fought and died in the Spanish Civil War, in defense of the Spanish Republic and of "those values and principles that no one should ever be forced to abandon under any kind of oppression, violence or persecution", and that the author associated the spirit with which Spain's troops had camped and acted in Kosovo. The text included a regret for the sad news of the withdrawal of the Spanish soldiers "without the honors that we would have wanted... and without even giving us the opportunity to thank them", and ended with a puzzled and disconcerting question: "Why, if for ten years they have defended us from inhumane aggressions and have effectively and exemplarily protected our freedom, are the Spanish soldiers now leaving suddenly?"⁵⁰

It is desirable that Spain assumes its role in European foreign policy, and it is foreseeable that this will happen sooner rather than later. Meanwhile, it

⁵⁰ Sahiti, Naim, "The Xhemail Kada School. From Kosovo with Sadness", *La Opinión de Granada*, 8 April 2009.

may not seem realistic to demand the immediate normalization of the Spanish political outlook on Kosovo. But those who, in good faith, keep alive the desire and the active will to achieve it, must first be aware that no “biased look” is politically innocent.

VI. BIBLIOGRAPHY

- ALTARES, Guillermo, “El problema de Kosovo es su excepcionalidad”, *El País*, 4 May 2018.
- ARENDRT, Hannah, “La mentira en política. Reflexiones sobre los documentos del Pentágono”, *Verdad y mentira en la política*, Barcelona, Página Indómita, 2017.
- BARKIN, Samuel and CRONIN, Bruce, “The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations”, *International Organization*, vol. 48, no. 1, 1994.
- BIERSTEKER, Thomas J. and WEBER, Cynthia, *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press, 1996.
- CARNICERO, Carlos, “Kosovo: una china en el zapato de Rajoy”, *Huffington Post*, 17 May 2018.
- CASSESE, Antonio, “*Ex Iniuria Ius Oritur*: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999.
- CUNLIFFE, Philip, “Sovereignty and the Politics of Responsibility”, in BICKERTON, Christopher J. *et al.*, *Politics without Sovereignty. A Critique of Contemporary International Relations*, University College London Press, 2007.
- DAL RI JÚNIOR, Arno and CARNESELLA, Gustavo, “El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del derecho internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la «Opinión Consultiva Kosovo» (1933-2010)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017.
- DOLI, Dren and KORENICA, Fisnik, “What about Kosovo’s Constitution: Is There Anything Special?”, *Vienna Journal of International Constitutional Law*, vol. 5, no. 1, 2011.
- DŽIHIĆ, Vedran and KRAMER, Helmut, “Kosovo After Independence. Is the EU’s EULEX Mission Delivering on its Promises?”, *International Policy*

- Analysis*, Berlin, 2009, available at: <https://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/06571.pdf>.
- EUROPEAN UNION COUNCIL, “Council Decision (CFSP) 2018/856 Amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo”, available at: <http://www.eulex-kosovo.eu/eul/repository/docs/CouncilDecision-203336.pdf>.
- EUROSTAT, “Enlargement Countries – Labour Market Statistics”, available at: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/32178.pdf>.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Miguel, “Kosovo, el Estado medio fallido que se siente traicionado”, *Público*, 17 February 2018.
- GREIÇEVCI, Labinot, “EU Actor in International Affairs: The Case of EULEX Mission in Kosovo”, *Perspectives on European Politics and Society*, vol. 12, no. 3, 2011.
- GUTIÉRREZ, Cesáreo and BERMEJO, Romualdo, “De la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo” (Documento de trabajo, 35/2010), *Real Instituto Elcano*, 10 November 2010.
- HOLZGREFE, J. L. and KEOHANE, Robert E. (eds.), *Humanitarian Intervention Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge University Press, 2003.
- JARA GÓMEZ, Ana M., *Kosovo en el laberinto. Estado, derecho y derechos*, Granada, Comares, 2019.
- JARA GÓMEZ, Ana M., “Soberanía, guerras justas y responsabilidad de proteger”, *Criterio Jurídico*, vol. 16, no. 2, 2016, available at: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/2127>.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, “Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la Opinión Consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 63, 2011.
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, 2nd. ed., trans. of Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1967-2005.
- KRESS, Christian, *When Is Military Intervention Morally Justified?*, Norderstedt, Grin Verlag für Akademische Texte, 2005.
- LÓPEZ-JURADO, Carmen, “Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia: la Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 21, 2011.
- MANZANO, Cristina, “¿A quién le importa Kosovo?”, *Huffington Post*, 10 May 2013.

- MAYALL, James, "Humanitarian Intervention Revisited", in BUCKLEY, Mary and CUMMINGS, Sally N. (eds.), *Kosovo. Perceptions of War and its Aftermath*, Great Britain, Bookends Ltd., 2001.
- MOLINA, Ignacio, "Kosovo como problema, Europa como solución y la incidencia del Informe Marty", *Aquiescencia*, 21 December 2010, available at: <https://aquiescencia.net/2010/12/21/kosovo-como-problema-europa-como-solucion-y-la-incidencia-del-informe-marty-por-ignacio-molina/>.
- MOLINA, Ignacio, "Kosovo como problema. Europa, la solución", *El País*, 15 December 2010.
- MOLINA, Ignacio, "Kosovo y Cataluña: distintos y distantes", *Real Instituto Elcano*, 6 December 2012.
- MURPHY, Sean D., *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996.
- Revista Española de Defensa*, no. 137-138, July-August 1999.
- RICHTER, Solveig, "Promoting Rule of Law without State-Building: Can EU-LEX Square the Circle in Kosovo?", in ASSEBURG, Muriel and KEMPIN, Ronja, *The EU as a Strategic Actor in the Realm of Security and Defense? A Systematic Assessment of ESDP Missions and Operations*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Research Paper 2009/RP 14, December 2009.
- RIZZI, Andrea, "Kosovo: una década de independencia, una odisea inacabada hacia el Estado de derecho", *El País*, 16 February 2018.
- RODLEY, Nigel S. and ÇALI, Başak, "Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law", *Human Rights Law Review*, vol. 7, no. 2, 2007.
- SAHITI, Naim, "The Xhemail Kada School. From Kosovo with Sadness", *La Opinión de Granada*, 8 April 2009.
- SECRETARY GENERAL OF THE UNITED NATIONS, "Statement on the New Period of Engagement on Kosovo", 1 August 2007, available at: <http://www.un.org/sg/statements/?nid=2692>.
- SECURITY COUNCIL (UNITED NATIONS), "Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement", S/2007/168/Add.1, 26 March 2007, available at: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20168.Add1.pdf>.
- SECURITY COUNCIL (UNITED NATIONS), "Letter Dated 10 November 2005 from the President of the Security Council Addressed to the Secretary-General", S/2005/709, available at: <https://reliefweb.int/report/serbia/kosovo-letter-dated-10-nov-president-security-council-addressed-secretary-general>.

- SECURITY COUNCIL (UNITED NATIONS), “Report of the European Union/ United States/Russian Federation Troika on Kosovo”, S/2007/723, 10 December 2007, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20723.pdf>.
- SECURITY COUNCIL (UNITED NATIONS), “Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo’s Future Status”, S/2007/168, 26 March 2007, available at: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/4BF3EA59396D0797852572AA007977D0-Full_Report.pdf.
- SECURITY COUNCIL (UNITED NATIONS), “Statement by the President of the Security Council”, S/PRST/2005/51, 24 October 2005, available at: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/2005/51.
- SIMMA, Bruno, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999.
- SPERNBAUER, Martina, “EULEX Kosovo: The Difficult Deployment and Challenging Implementation of the Most Comprehensive Civilian EU Operation to Date”, *German Law Journal*, vol. 11, no. 8, 2010.
- TAIBO, Carlos, “Incomodidades kosovares”, *El Correo*, 3 January 2008.
- TAIBO, Carlos, “Kosovo y las esencias”, *Público*, 16 February 2008.
- TAIBO, Carlos, “Los horizontes para Kosovo”, *El País*, 15 April 1998.
- TAIBO, Carlos, “¿Y por qué no un Kosovo independiente?”, *El País*, 18 April 1999.
- TALMON, Stefan, “The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*”, *British Yearbook of International Law*, vol. 75, no. 1, 2004.
- TANSEY, Oisín, “Does Democracy Need Sovereignty?”, *Review of International Studies*, vol. 37, no. 4, 2011.
- TANSEY, Oisín, “Kosovo: Independence and Tutelage”, *Journal of Democracy*, vol. 20, no. 2, 2009.
- “The Revelations of WikiLeaks”, *El País*, 12 April 2010.
- VAQUER I FANÉS, Jordi, “Kosovo avanza, pese a las dificultades”, *Opinión CIEDOB*, no. 95, 17 December 2010.
- VIDAL FOLCH, Xavier, “Cataluña no es Kosovo”, *El País*, 13 August 2017.
- VIDMAR, Jure, “Explaining the Legal Effects of Recognition”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, no. 2, 2012.
- VIDMAR, Jure, “International Legal Responses to Kosovo’s Declaration of Independence”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, no. 42, 2009.

- VIDMAR, Jure, “Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice”, *St. Antony’s International Review*, vol. 6, no. 1, 2010.
- WET, Erika de, “The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of Eulex”, *The American Journal of International Law*, vol. 103, no. 1, 2009.
- WHEELER, Nicholas J. and BELLAMY, Alex J., “Humanitarian Intervention in World Politics”, in BAYLIS, John and SMITH, Steven (eds.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

La controversia por el vertedero de residuos en la Cordillera de los Andes. Un estudio de caso acerca de la responsabilidad internacional por daño transfronterizo

The Controversy over the Waste Dump in the Andean Mountains. A Case Study on International Liability for Transboundary Harm

La controverse sur la décharge dans la Cordillère des Andes. Étude de cas sur la responsabilité internationale pour les dommages transfrontières

Alexis Rodrigo **Laborías***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Apuntes acerca de la responsabilidad internacional ex delicto y sine delicto*. III. *Desarrollo de la controversia por el vertedero de residuos*. IV. *Solución del diferendo entre Argentina y Chile*. V. *La controversia de la Cordillera a la luz de la responsabilidad internacional*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad Argentina de la Empresa, Argentina; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7414-0311>, alaborias@uade.edu.ar.

Artículo recibido el 22 de abril de 2019
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 565-590
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El artículo analiza la controversia entre Argentina y Chile, con motivo del descubrimiento de un vertedero de residuos en la Cordillera de los Andes, originado por la actividad de una empresa minera chilena, que arrojaba el material en desuso en el territorio argentino. El conflicto es estudiado a la luz de las reglas en materia de responsabilidad internacional y teniendo en cuenta los mecanismos de solución de disputas a los que recurren los Estados ante un hecho de contaminación transfronteriza.

Palabras clave: responsabilidad internacional, hechos internacionalmente ilícitos, prevención del daño transfronterizo, responsabilidad por contaminación transfronteriza, solución pacífica de las controversias.

ABSTRACT: The article analyzes the controversy between Argentina and Chile, following the discovery of a waste dump in the Andes Mountains, originated in the activity of a Chilean mining company, which threw the disused material into Argentine territory. This dispute is studied in the light of the rules on international liability and taking into account the dispute resolution mechanisms to which States resort in the face of a transboundary harm event.

Key words: international liability, internationally wrongful acts, prevention of transboundary harm, liability for transboundary pollution, pacific settlement of disputes.

RÉSUMÉ: L'article analyse la controverse entre l'Argentine et le Chili à l'occasion de la découverte d'une décharge dans la Cordillère des Andes, née de l'activité d'une société minière chilienne, qui a jeté les matériaux en désuétude sur le territoire argentin. Le conflit est étudié à la lumière des règles de responsabilité internationale et des mécanismes de résolution des litiges auxquels les États ont recours en cas de pollution transfrontalière.

Mots-clés: responsabilité internationale, actes internationalement illicites, prévention des dommages transfrontières, responsabilité pour la pollution transfrontière, règlement pacifique des différends.

I. INTRODUCCIÓN

Todo sistema jurídico entraña la búsqueda de una convivencia pacífica entre los sujetos, a través de la armonización de un conjunto de derechos y obligaciones. Este equilibrio no es sencillo de alcanzar y preservar, de ahí que el propio sistema disponga de ciertas herramientas para restablecer los desajustes que puedan producirse.

En este sentido, se prevé que los sujetos puedan infringir las reglas vigentes y, por este motivo, se estipulan una serie de consecuencias para dichos actos disvaliosos. Al aplicar una secuela a la violación de las normas se busca recuperar el equilibrio, reafirmando el alcance de los derechos y el tenor de las obligaciones. Asimismo, existen supuestos en los cuales, sin que se produzca una transgresión, el ejercicio legítimo de un derecho por parte de un sujeto puede tener una derivación perjudicial para terceros. La subsanación de esos efectos, previstos o imprevistos, no puede recaer en el sujeto damnificado, lo cual iría en detrimento del adecuado balance entre derechos y obligaciones. Es por este motivo que los sistemas jurídicos prevén que también debe ofrecer una compensación quien se beneficia con un derecho y que, al mismo tiempo, provoca un perjuicio indebido a un tercero.

Ambas situaciones son estudiadas bajo el concepto de responsabilidad, distinguiendo las hipótesis con terminología diversa: subjetiva u objetiva, por violación de normas o por consecuencias perjudiciales de actos lícitos, y *ex delicto* o *sine delicto*, respectivamente.

El derecho interno de cada Estado determina con exactitud de qué manera se atribuye la responsabilidad a un sujeto y cuál será su contenido, es decir, cuáles serán las nuevas obligaciones que se deben afrontar, ya sea por el incumplimiento de las obligaciones preexistentes o por los efectos perjudiciales surgidos del ejercicio legítimo de un derecho. Por cierto, en un sistema de derecho interno la coherencia se ve favorecida por su centralización, dado que una única autoridad estatal aprueba las normas de alcance general y obligatorio para todos los sujetos.

De manera opuesta, en la esfera internacional los derechos y obligaciones surgen a partir de la interacción de los sujetos, quienes buscan alcanzar objetivos comunes y mantener una convivencia armoniosa, a través del acuerdo de voluntades. Esta descentralización determina que muchas reglas del derecho internacional no presenten un carácter unívoco ni se encuentren

adecuadamente organizadas, sino que se muestran más flexibles, con arreglo a las necesidades de los sujetos de este ordenamiento. Por supuesto, las normas que regulan la responsabilidad internacional, incluyendo la distinción entre *ex delicto* y *sine delicto*, no son ajenas a esta situación.¹

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “la Comisión” o “la CDI”) se vio enfrascada en estos debates por largas décadas, al buscar el desarrollo progresivo y la codificación de las reglas sobre responsabilidad. Los propios miembros de la ONU fueron muy reticentes a avanzar en los caminos que proponía la CDI, y el análisis de la práctica estatal ofrece, en ocasiones, una imagen poco concluyente respecto de las reglas generales vigentes.

En este sentido, el objetivo de este trabajo será analizar una controversia acaecida entre Argentina y Chile, vinculada con un evento de contaminación transfronteriza. A tal efecto, se realizará una síntesis de los trabajos de la CDI en el campo de la responsabilidad internacional *ex delicto* y *sine delicto*. Posteriormente, se describirán los pormenores del conflicto bilateral y los acuerdos celebrados por ambos Estados para dirimir la disputa. Por último, a partir de esa información se esbozarán los motivos por los cuales ambos Estados negociaron y acordaron una solución pragmática, que no responde estrictamente a los estándares teóricos en materia de responsabilidad internacional.

II. APUNTES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL *EX DELICTO* Y *SINE DELICTO*

A partir de su experiencia como relator especial de la CDI, Barboza describió el estado de situación de las reglas en este campo:

¹ De acuerdo con Rey Caro: “No es muy simple dar una noción o definición de responsabilidad en razón de las marcadas divergencias, a veces, sustanciales, sobre su función, sin perjuicio de que sea entendida como una regla o un conjunto de reglas que deben observarse. Existe entre los autores cierta coincidencia en destacar el carácter consuetudinario de las normas para hacer efectiva la responsabilidad. Sin embargo, tal concordancia desaparece a la hora de abordar la verdadera naturaleza de la o de las reglas en sí mismas”. *Cfr.* Rey Caro, Ernesto J., “La responsabilidad internacional. Reflexiones sobre su evolución”, en Rey Caro, Ernesto J. (dir.), *Responsabilidad internacional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2009, p. 11.

En Derecho, la responsabilidad por un daño puede nacer *ex delicto*, o *sine delicto*, según que el daño se haya o no producido por la violación de una obligación. La primera, tras vacilaciones y un proceso de codificación que duró alrededor de cuarenta años, es ya sin duda parte del Derecho Internacional general y encuentra expresión en los artículos incorporados a la Res. AGNU 56/83. La segunda no tiene carta de ciudadanía en el Derecho general, al menos para la doctrina más ortodoxa y para la *opinio iuris* de los Estados, pero campea en el Derecho particular en convenciones multilaterales que reglan actividades específicas.²

La Comisión realizó un prolongado y arduo esfuerzo para alcanzar el desarrollo progresivo y la codificación de esta área del derecho internacional.³ El programa de trabajo original, iniciado en 1955, se orientó hacia las consecuencias derivadas del incumplimiento de obligaciones internacionales. El análisis se extendió hasta 2001, cuando la Comisión aprobó el “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” y la Asamblea General tomó nota del texto y lo señaló a la atención de los miembros.⁴

En paralelo con esta labor, en 1970 la CDI decidió iniciar un nuevo camino de trabajo:

La Comisión procedería en primer lugar a examinar la cuestión de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales. Se proponía estudiar por separado la cuestión de la responsabilidad derivada de determinados actos lícitos, tales como las actividades espaciales y nucleares, tan pronto como se lo permitiera su programa de trabajo. El fundamento totalmente distinto de la llamada responsabilidad por riesgos, la naturaleza diferente de las normas que la determinaban, así como de su contenido y de las formas que podía adoptar, harían que un examen simultáneo de ambas materias hiciera más difícil la comprensión de cada una de ellas.⁵

² Barboza, Julio, “La responsabilidad *sine delicto* en el derecho internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012, p. 52.

³ Crawford lo sintetizó con esta frase: “The ILC in codifying the law of state responsibility had to lay down general rules, which to some extent involved inventing them. The rules of state responsibility have been derived from cases, from practice, and from often unarticulated instantiations of general legal ideas”. *Cf.* Crawford, James, “The International Court of Justice and the Law of State Responsibility”, en Tams, Christian J. y Sloan, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, p. 74.

⁴ A/RES/56/83 (12/12/2001). En adelante, el “Proyecto sobre Responsabilidad de 2001”.

⁵ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 1970*, Nueva York, Naciones Unidas, 1972, vol. II, p. 331, párr. 66 b).

En apoyo de este nuevo enfoque, en 1973 la Asamblea General recomendó a la Comisión que emprendiera un estudio separado referente al tópico de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales derivadas del ejercicio de otras actividades, es decir, sin la violación de una obligación internacional.⁶ Rosenne recordó que al votarse por este proyecto de resolución en la Sexta Comisión el resultado fue casi un empate: 42 votos a favor, 40 en contra y 21 abstenciones. En su opinión, eso representó un anticipo político de las dificultades que presentaría posteriormente el estudio de la temática.⁷

Esta línea de trabajo, inicialmente identificada como “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, fue posteriormente segmentada.⁸ La CDI consideró prioritario analizar las reglas en materia de prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas y, en una etapa posterior, considerar la responsabilidad internacional en caso de pérdida provocada por ese mismo tipo de daños.⁹ El primer tramo quedó finalizado en 2001 mediante el “Proyecto de Artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”,¹⁰ si bien la Comisión siguió considerando este tópico hasta 2007.¹¹ Por su parte, el segundo tramo fue concluido en 2006 e iden-

⁶ A/RES/3071(XXVIII) (30/11/1973). De acuerdo con el texto en inglés: “The General Assembly... Recommends that the International Law Commission should... c) Undertake at an appropriate time a separate study of the topic of international liability for injurious consequences arising out of the performance of other activities”. Acerca del uso de la expresión *international liability* y su traducción en otros idiomas, véanse Boyle, Alan E., “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 39, núm. 1, enero de 1990, pp. 8-10, y Barboza, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 21-29.

⁷ Rosenne, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 396.

⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 1997*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2002, vol. I, pp. 158-164, y A/RES/52/156 (26/01/1998).

⁹ Véanse las explicaciones del relator especial Rao, Pemmaraju Sreenivasa, “International Liability for Transboundary Harm”, *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 34, 2004, pp. 225 y 226.

¹⁰ Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10). La Asamblea General agradeció el trabajo realizado y encomendó a la CDI que si quiera ocupándose de esta temática, mediante la A/RES/56/82 (12/12/2001).

¹¹ El texto del Proyecto de Artículos fue incorporado como anexo en A/RES/62/68 (06/12/2007). En adelante, el “Proyecto sobre Prevención de 2001-2007”.

tificado como “Proyecto de Principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”.¹²

Para una adecuada contextualización del trabajo de la CDI, se debe señalar que uno de los ejes principales sobre el cual se articulan los tres proyectos mencionados es la distinción entre las normas primarias y las secundarias. En el comentario a su Proyecto sobre Responsabilidad de 2001, la Comisión explicó:

El análisis insiste sobre todo en las normas secundarias de la responsabilidad del Estado, es decir, en las condiciones generales que han de satisfacerse, en derecho internacional, para que el Estado sea considerado responsable de acciones u omisiones ilícitas, y en las consecuencias jurídicas que nacen de esas acciones u omisiones. No se intenta definir en ellos el contenido de la violación de obligaciones internacionales que da lugar a la responsabilidad. Esta es la función de las normas primarias, cuya codificación entrañaría la reformulación de la mayor parte del derecho internacional sustantivo, tanto consuetudinario como convencional.¹³

En otras palabras, el derecho internacional determina que a los Estados les son exigibles ciertas conductas (ya sea de dar, hacer o no hacer), que son identificadas como obligaciones primarias. Si estas reglas son violadas, cobran vigencia las obligaciones secundarias, que se enfocan en las condiciones y consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones preexistentes.¹⁴ Sin embargo, este enfoque varía al considerar la responsabilidad *sine delicto*. Barboza explicó que, de producirse un daño originado en una actividad lícita, existe una obligación primaria que involucra el pago de

¹² A/RES/61/36 (04/12/2006). En adelante, el “Proyecto de Principios de 2006”.

¹³ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2001*, vol. II: *Segunda parte*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2007, p. 31.

¹⁴ Nuevamente, en palabras de la Comisión: “...una cosa era definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta determinar si se había infringido esa obligación y cuáles debían ser las consecuencias de tal infracción. Únicamente este segundo aspecto entraba en el ámbito de la responsabilidad; cualquier confusión al respecto sería un obstáculo que podría frustrar una vez más las esperanzas de codificar la materia”. Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 1970*, *cit.*, p. 331, párr. 66 c). De acuerdo con David: “Fundamentally, this distinction... was adopted to serve a precise practical objective: to allow the Commission to focus solely on the structural rules of international responsibility, to the exclusion of the substantive rules the violation of which gives rise to responsibility”. *Cf.* David, Eric, “Primary and Secondary Rules”, en Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 28.

una compensación por ese perjuicio. Si esta regla fuera violada, surgiría una obligación secundaria, que constituye la consecuencia de la afectación de la primera.¹⁵ La propia CDI sostuvo esta perspectiva, al presentar el Proyecto de Principios de 2006:

El presente proyecto de principios, como el proyecto de artículos sobre la prevención, versan sobre normas primarias. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de prevención que establece el proyecto de artículos sobre la prevención podría dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) sin que ello implique necesariamente que la actividad misma esté prohibida. En tal caso, se podría invocar la responsabilidad del Estado (*State responsibility*) para hacer efectivas, no sólo las obligaciones del Estado mismo, sino también la responsabilidad civil u obligación del explotador.¹⁶

Una vez expuesto el trabajo desarrollado por la CDI, se debe advertir que, junto con las razonables dificultades teóricas que afrontó al elaborar sus tres proyectos, también encontró una gran resistencia por parte de muchos miembros de las Naciones Unidas, quienes serían los destinatarios últimos de estas reglas.

Respecto del Proyecto sobre Responsabilidad de 2001, se observa la divergencia entre las opiniones gubernamentales, tanto respecto de la redacción de varios artículos como acerca de la conveniencia de adoptar un tratado en la materia y la forma en que podría concretarse. Los Estados que aportaron su opinión, en reducida cantidad, presentan un amplio espectro, desde el rechazo a crear un instrumento vinculante, incluyendo críticas a la redacción del Proyecto (Alemania, Australia, Estados Unidos, Países Bajos, Qatar y Reino Unido), a la necesidad de adoptar un tratado a través de una

¹⁵ Barboza, Julio, “*Sine Delicto (Causal) Liability and Responsibility for Wrongful Acts in International Law*”, en International Law Commission, *International Law on the Eve of the Twenty-First Century. Views from the International Law Commission*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997, p. 324. Véase también la opinión de Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, 2a. ed., México, UNAM, 2014, pp. 46-48.

¹⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2006*, vol. II: *Segunda parte*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2013, p. 69, párr. 6). A causa de esta interacción entre ambas esferas de la responsabilidad, es que Sucharitkul las describió como intrínsecamente interconectadas. Cfr. Sucharitkul, Sompong, “*State Responsibility and International Liability under International Law*”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, Los Ángeles, vol. 18, 1996, p. 838.

conferencia internacional o por otros medios (Austria, Brasil, Chile, El Salvador, Francia, Lituania, México y Portugal), o mantener el texto del Proyecto como anexo de una resolución de la Asamblea General, rechazando la convocatoria de una conferencia internacional (República Checa, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia).¹⁷

El quinto y último relator especial de la CDI en este campo, James Crawford, sopesó las opiniones favorables y las críticas hacia el Proyecto sobre Responsabilidad de 2001, señalando que, en términos generales, los apoyos habían sido significativos.¹⁸ Asimismo, Crawford destacó que la consolidación de este texto llegaría a través de su aplicación continua por los tribunales internacionales.¹⁹ Esta expresión de deseos aparece inicialmente cumplida, ya que la jurisprudencia internacional reconoció el carácter consuetudinario de varios artículos del Proyecto.²⁰

Ahora bien, con relación a la responsabilidad *sine delicto*, su marco jurídico no presenta el mismo nivel de aceptación, situación reconocida por Barboza cuando expresó que no tenía carta de ciudadanía en el derecho internacional general.²¹ Es sólo respecto de materias específicas que los Estados acordaron

¹⁷ Informes del secretario general de la ONU, de título “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Información y observaciones recibidas de los gobiernos”, A/62/63 (9/03/2007), A/65/96 (14/05/2010), A/68/69 (27/03/2013), A/68/69/Add.1 (28/06/2013) y A/71/79 (21/04/2016). Como simple referencia, los comentarios del gobierno austriaco (A/71/79, p. 3) son elocuentes de la situación actual: “Austria, en principio, estaría a favor de la aprobación de una convención. Sin embargo, el proyecto de una convención se debería intentar conseguir solo si hay suficientes garantías de que la estructura actual y el equilibrio de los proyectos de artículo se mantendrán y de que se evitará un debate renovado de sus disposiciones sustanciales; y si existen perspectivas realistas de que una convención de ese tipo logrará una amplia ratificación y aceptación”.

¹⁸ Un interesante trabajo que expone algunas de las críticas al Proyecto se puede ver en Yamada, Chusei, “Revisiting the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility”, en Ragazzi, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005, pp. 117-123. El autor se desempeñó como miembro de la CDI durante la discusión en primera y segunda lectura del Proyecto, de ahí su gran conocimiento de la temática desarrollada.

¹⁹ Crawford, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013, pp. 42-44 y 85-92.

²⁰ Son ilustrativos los informes producidos por el secretario general de la ONU, de título “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales”, A/68/72 (30/04/2013) y A/71/80 (21/04/2016).

²¹ Barboza, Julio, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 52.

sistemas de resarcimiento, basados en el daño y sin que presupongan la violación del derecho vigente.²² En concordancia, la recepción de los Estados al Proyecto sobre Prevención de 2001-2007 y al Proyecto de Principios de 2006 fue considerablemente más cautelosa que respecto del texto sobre responsabilidad por hechos ilícitos.

Los escasos comentarios y observaciones remitidos a la CDI por los miembros de la ONU pueden reflejar tanto una falta de consenso como un desinterés puntual en una legislación general para este campo.²³ Con relación al Proyecto sobre Prevención de 2001-2007, sólo cinco Estados aportaron sus puntos de vista (Francia, Líbano, Países Bajos, Turquía y Reino Unido), y no hicieron referencia a la posible aprobación como norma vinculante. De hecho, varios de ellos, si bien felicitaron a la CDI por su labor, también criticaron los postulados del Proyecto.²⁴ Respecto del Proyecto de Principios de 2006, nueve Estados remitieron comentarios a la CDI (República Checa, Líbano, México, Países Bajos, Pakistán, Siria, Reino Unido, Estados Unidos y Uzbekistán) y se expresaron en forma dubitativa con relación a los principios propuestos, e incluso remarcaron que se trataba de una normativa con un neto carácter de desarrollo progresivo.²⁵ Por su parte, al ser debatidos estos tópicos en la Sexta Comisión de la Asamblea General, las opiniones volvie-

²² Véase el informe elaborado por el secretario general, de título “Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, A/CN.4/543 (24/06/2004). En doctrina, véanse la compilación parcial realizada por Descamps, Hannes *et al.*, *International Documents on Environmental Liability*, Heidelberg, Springer Netherlands, 2008, y el análisis de los modelos de responsabilidad que se aplican en cada instrumento en Rosas, Allan, “Issues of State Liability for Transboundary Environmental Damage”, *Nordic Journal of International Law*, Leiden, vol. 60, núm. 2, 1991, pp. 29-47.

²³ Como sintetizó Foster: “The common view amongst States was that either an activity was prohibited, in which case the law on State responsibility would govern any reparation to be made in respect of its consequences; or an activity was not prohibited and no international legal responsibility or liability could attach to the effects produced by the activity”. *Cf.* Foster, Caroline, “The ILC Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities: Privatizing Risk?”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Nueva Jersey, vol. 14, núm. 3, 2005, p. 265.

²⁴ Líbano lo consideró contradictorio e incompleto, y los Países Bajos manifestaron que se encontraban decepcionados por su texto. Véanse A/CN.4/509 (sesión del 01/05 al 09/06/2000 y del 10/07 al 18/08/2000) y A/CN.4/516 (sesión del 23/04 al 01/06/2001 y del 02/07 al 10/08/2001).

²⁵ A/CN.4/562 y Add.1 (del 01/05 al 09/06/2006 y del 03/07 al 11/08/2006).

ron a estar divididas en cuanto a sus características intrínsecas y, en especial, respecto de la necesidad de adoptarlo como un instrumento obligatorio, posición esta última sostenida por el representante de Argentina.²⁶

La recepción por parte de la doctrina también fue disímil, desde algunas posiciones eclécticas hasta otras francamente desfavorables.²⁷ Birnie *et al.* afirmaron que el Proyecto sobre Prevención de 2001-2007 es esencialmente codificadorio:

The 2001 Articles on Transboundary Harm essentially codify existing obligations of environmental impact assessment, notification, consultation, monitoring, prevention, and diligent control of activities likely to cause transboundary harm. These articles are securely based in existing precedents... [they] offer an authoritative exposition of the existing law. Not surprisingly, they have been heavily cited by parties to international environmental litigation.²⁸

²⁶ A/C.6/62/SR.12 (23/10/2007) y A/C.6/62/SR.28 (19/11/2007). La intervención del representante argentino se encuentra en la página 5 del primer documento citado. El debate continuó en las sucesivas sesiones de la Sexta Comisión: A/C.6/65/SR.17 (21/10/2010), A/C.6/65/SR.27 (5/11/2010), A/C.6/71/SR.18 (20/10/2016), A/C.6/71/SR.31 (4/11/2016) y A/C.6/71/SR.32 (7/11/2016). Como diplomáticamente señaló el representante de la India (A/C.6/65/SR.17, p. 6): “Los proyectos de artículos y de principios sirven, cada uno de ellos, como guía útil a los Estados en la adopción de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas para incorporar los principios pertinentes en su legislación y sus políticas internas. Todo intento de codificar el proyecto de artículos en forma de una convención sería contraproducente y no agregaría nada al desarrollo progresivo del derecho internacional ya logrado sobre este tema. La práctica de los Estados indica una preferencia por los tratados ambientales sectoriales con regímenes de responsabilidad”.

²⁷ Además de los textos que serán mencionados en los párrafos subsiguientes, es posible citar, de manera totalmente enunciativa, los trabajos de Handl, Günther, “Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution”, *The American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 1, enero de 1975, pp. 50-76; Handl, Günther, “State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons”, *The American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 3, julio de 1980, pp. 525-565; Magraw, Daniel Barstow, “Transboundary Harm: The International Law Commission’s Study of «International Liability»”, *The American Journal of International Law*, vol. 80, núm. 2, abril de 1986, pp. 305-330; Dupuy, Pierre-Marie, “The International Law of States Responsibility: Revolution or Evolution?”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 11, 1989, pp. 105-128.

²⁸ Birnie, Patricia *et al.*, *International Law and the Environment*, 3a. ed., Oxford University Press, 2009, p. 141. Los autores referencian a los litigios en *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Permanent Court of Arbitration case 2002-01, y *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, I.C.J. Reports 2006, p. 113.

Por el contrario, para estos autores, el Proyecto de Principios de 2006 implicaría un ejercicio de desarrollo progresivo: “While the 2006 ILC Principles as a whole cannot be viewed as an exercise in codifying customary international law, they show how the Commission has made use of general principles of law as «an indication of policy and principle»”.²⁹

En forma totalmente opuesta, Remiro Brotóns expresó elocuentemente su rechazo al enfoque de la responsabilidad *sine delicto*, opinión que nos permitimos transcribir *in extenso*:

Basándose, precisamente, en la interpretación de algunas decisiones arbitrales (Fundación de Trail, 1941, Lago Lanós, 1957) y judiciales (CIJ, Estrecho de Corfú, 1949), se ha sostenido doctrinalmente que la obligación de reparar los daños a terceros resultantes de actividades no prohibidas forma ya parte del DI general. Se ha hablado así de una responsabilidad por riesgo, considerando que surge de la realización de actividades especialmente peligrosas, o de una responsabilidad absoluta, en tanto que no admite excepciones. Sin embargo, lo que se deduce de las decisiones invocadas es, más bien, y así lo entendía el antiguo Relator de la CDI en la materia, J. Barboza, que los Estados tienen la obligación de no permitir que sus territorios sean utilizados para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados, lo que constituye una obligación general de prevención, cuya violación generaría responsabilidad.³⁰

Otros autores no rechazan en forma categórica el concepto de una responsabilidad *sine delicto* como Remiro Brotóns, pero sí acotan su contenido a los tratados específicos, sin admitirla como un principio general del derecho internacional. Entre ellos, Díez de Velasco, citando a Marín López, señaló que “... las reglas y principios [de derecho internacional] relativos a este nuevo tipo de responsabilidad surgida a raíz de los avances tecnológicos distan

²⁹ *Ibidem*, p. 321. Similar opinión expresó Handl, Günther, “International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for «State Liability»?”, *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 37, 2007, pp. 121 y 122.

³⁰ El jurista español agrega: “Estamos, pues, también ahora ante una responsabilidad generada por la infracción de una obligación primaria, establecida en su caso convencionalmente, la de realizar actividades ultra-peligrosas acogiéndose estrictamente al cumplimiento de los estándares de diligencia debida. Por ello, a salvo regímenes convencionales, no hay base consuetudinaria suficiente que consagre una responsabilidad sin ilícito”. Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 747 y 748.

de estar bien establecidos y requieren más precisos desarrollos”.³¹ En igual sentido, Rezek expresó que no se admite en el derecho de gentes una responsabilidad objetiva, excepto en casos especiales y materias reguladas por convenciones modernas.³² Por su parte, Xue criticó la intención de traspasar en forma directa las reglas que surgen de tratados específicos, para convertirlas en una regla general: “To harmonize such arrangements on a global basis requires more consistent State practice and further development of international law on international liability in each and every field concerned”.³³

A modo de cierre para este apartado, creemos que es interesante retomar el comentario de Barboza que encabezó estas líneas. Las reglas que regulan la responsabilidad internacional por hechos ilícitos aparecen consolidadas gracias al Proyecto sobre Responsabilidad de 2001. Si bien este texto no está exento de algunas críticas, hasta el momento los importantes apoyos explícitos o implícitos demuestran su aceptación como el reflejo parcial del derecho consuetudinario. Por el contrario, el concepto de responsabilidad *sine delicto*, trabajosamente desarrollado por la CDI en sus proyectos de 2001-2007 y 2006, no cuenta con una recepción tan favorable. Por el momento, se trataría de reglas generales en desarrollo que, partiendo del antecedente de convenciones específicas, buscan consolidarse a través de la práctica estatal.

III. DESARROLLO DE LA CONTROVERSIA POR EL VERTEDERO DE RESIDUOS

La Cordillera de los Andes constituye la frontera natural entre Argentina y Chile, extendiéndose de norte a sur por más de 5,000 kilómetros. Desde su independencia a comienzos del siglo XIX, ambos Estados suscribieron diversos tratados para fijar el límite internacional entre las respectivas soberanías. A pesar de este esfuerzo, los conflictos por este espacio geográfico

³¹ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 864, con cita a Marín López, Antonio, “Aspectos actuales de la responsabilidad internacional”, en Miaja de la Muela, Adolfo et al. (comp.), *Estudios de derecho internacional. Homenaje al Prof. Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, t. II, pp. 815-836.

³² Rezek, Francisco, *Direito internacional público*, 11a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 270.

³³ Xue, Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 320 y 321.

fueron innumerables, y aún en la actualidad se producen ocasionalmente algunas divergencias.

El conflicto bajo análisis tuvo su inicio formal en mayo de 2014, cuando la empresa minera argentina Xstrata Pachón S. A. presentó una demanda civil en la justicia federal de la Provincia de San Juan contra la empresa chilena Minera Los Pelambres, por la ocupación indebida de su propiedad y el daño ambiental ahí provocado.³⁴ En su exposición de los hechos, la denunciante explicó que ambas empresas poseían áreas de explotación en espacios linderos de la Cordillera de los Andes, separadas por el límite internacional entre Argentina y Chile. En este contexto, Xstrata Pachón S. A. denunció que, al realizar una inspección en la zona del Cerro Amarillo en diciembre de 2013, se descubrió un vertedero de residuos,³⁵ que la empresa chilena había instalado ilegalmente. Es decir, una porción de los materiales sin utilidad que Minera Los Pelambres extraía de la Cordillera eran depositados en territorio argentino, en el área de explotación concedida a la empresa denunciante. Asimismo, Xstrata Pachón S. A. advirtió que el material en la escombrera había iniciado un proceso de degradación, producto de diversos factores climáticos y de la falta de tratamiento adecuado, generándose un drenaje ácido de roca. Adicionalmente, a causa de la construcción de ductos dentro de la escombrera, se había producido un desvío de aguas que naturalmente deberían escurrirse en territorio argentino, con el consecuente deterioro de las lagunas cercanas a las áreas de explotación. En síntesis, además de la ocupación ilegal del predio de la empresa denunciante (y la violación de la soberanía territorial argentina), la actividad de la empresa chilena provocaba un grave daño ambiental transfronterizo.

En su presentación en el expediente, Minera Los Pelambres reconoció la existencia del vertedero, que había sido utilizado entre 2007 y 2011, pero justificó su conducta a partir de una confusión respecto de los límites internacionales. Esta empresa chilena explicó que la concesión sobre su área de explotación se había realizado teniendo en cuenta la cartografía chilena, que ubicaba al sector de la escombrera en dicho país. La empresa demandada afirmó que, en 2012, con posterioridad al vertido de residuos en Cerro Amarillo, Argentina y Chile habían acordado una modificación en el límite

³⁴ Causa FMZ 13.033/2014, “Xstrata Pachón S. A. c/ Minera Los Pelambres s/ ordinario”, Juzgado Federal de San Juan N°1.

³⁵ También es identificado como botadero o escombrera, expresiones que, a los fines de este trabajo, serán usadas en forma indistinta.

internacional, lo que derivó en que el depósito de material en desuso quedara ubicado en territorio argentino.

El 20 de marzo de 2015, Xstrata Pachón S. A. presentó una nueva denuncia, esta vez en el fuero penal, por el delito de usurpación y por el accionar ilícito configurado por el vertido de residuos tóxicos en su propiedad.³⁶

Las autoridades judiciales actuantes solicitaron diversos informes al Poder Ejecutivo argentino, de los cuales son de gran relevancia los requeridos a la Comisión Nacional de Límites, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y al Ministerio de Medio Ambiente.

En la respuesta aportada por la Comisión Nacional de Límites se rechazó la versión ofrecida por Minera Los Pelambres, explicando que, en el sector en conflicto, el límite internacional había sido establecido por el Tratado del 23 de julio de 1881, y que la demarcación única y definitiva se había realizado en 1901, erigiendo una serie de hitos. La Comisión aclaró que el trabajo realizado a nivel bilateral en 2012 era simplemente una mejora en la demarcación en la zona limítrofe, actividad que se conoce como densificación de la frontera.³⁷

Por su parte, al Ministerio de Medio Ambiente se le pidió que determinara la veracidad de los hechos denunciados por Xstrata Pachón S. A. y que constatará la existencia de contaminación en el territorio argentino, originada por las actividades de la empresa chilena. El Ministerio produjo una pericial el 6 de julio de 2017, en la cual expresó: “En términos de dimensionamiento, la Escombrera Cerro Amarillo se extiende dentro del territorio argentino ocupando una superficie de 52 hectáreas, y un volumen aproximado de 20 millones de metros cúbicos”.³⁸ Además, el Ministerio señaló: “Se observó una afectación directa de la escombrera sobre las lagunas del lado argentino por disminución de superficie del 53%...” y que “...es posible concluir que la presencia de la Escombrera Cerro Amarillo constituye en la actualidad una fuente cierta de dispersión de sustancias contaminantes...”³⁹

³⁶ Causa FMZ 6003/2015, “C.N.N. – sobre infracción Ley 24.051, art. 181 inc. 1) y art. 182 inc. 1) del Código Penal”, Juzgado Federal de San Juan N°2.

³⁷ Al respecto, véase Barberis, Julio, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 175-177.

³⁸ República Argentina, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, “Informe pericial del 06/07/2017. Escombrera Cerro Amarillo de Minera Pelambres”, p. 13.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

Sobre la base de la información recibida, las autoridades judiciales dieron por acreditada la usurpación del espacio concedido a Xstrata Pachón S. A., y la afectación de la soberanía territorial argentina, y el daño ambiental transfronterizo. En consecuencia, el Juzgado Federal de San Juan N°2 dictó una orden el 3 de agosto de 2017 con una serie de medidas destinadas a la demandada, incluyendo la compactación de la superficie de la escombrera para permitir el escurrimiento de las aguas y el establecimiento de un sistema de drenaje, de modo que las aguas escurridas no entraran en contacto con las aguas superficiales de la zona. Asimismo, el Juzgado ordenó que se retirara la totalidad de la escombrera, con la mayor celeridad posible.⁴⁰

IV. SOLUCIÓN DEL DIFERENDO ENTRE ARGENTINA Y CHILE

Como fuera mencionado, las cuestiones limítrofes siempre fueron uno de los aspectos álgidos en la relación bilateral entre ambos países vecinos. Por este motivo, los gobiernos acordaron crear una Comisión de Alto Nivel para encauzar la problemática de la escombrera y del daño transfronterizo, elevando al plano político y diplomático la hasta entonces disputa privada entre dos empresas.

La Comisión mantuvo cuatro reuniones durante 2017: dos en Buenos Aires (24 de mayo y 11 de septiembre) y dos en Santiago de Chile (8 de agosto y 11 de octubre). Como resultado de las negociaciones desarrolladas en esos encuentros, se convino en solucionar la disputa mediante la firma de dos tratados internacionales.

El primer acuerdo tuvo origen en una nota enviada a las autoridades argentinas por la Embajada de la República de Chile en Buenos Aires, el 6 de diciembre de 2017. En ella se propuso habilitar un paso fronterizo provisorio, para que empleados de Minera Los Pelambres ingresaran al territorio argentino a retirar el material descartado sin autorización. Esta acción per-

⁴⁰ Un *racconto* del caso, desde la visión de las autoridades del Ministerio Público de la Provincia de San Juan, en Noguera Ramos, Gastón, “Caso «Pelambres»: usurpación, conflictos de límites y potencialidad de daño”, *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, núm. 53, 2018, pp. 121-131.

mitiría dar cumplimiento a la orden de la autoridad judicial argentina, en el sentido de iniciar los trabajos necesarios para retirar la escombrera con la mayor celeridad posible. Los términos de esta propuesta fueron aceptados por el ministro de Relaciones Exteriores de Argentina mediante una nota del 7 de diciembre de 2017.

El segundo acuerdo se concretó nuevamente a través de cartas reversales, en un único día, el 12 de diciembre de 2017, por medio de una nota de propuesta, remitida por la Embajada de Chile en Buenos Aires, y aceptada íntegramente por la República Argentina en su nota de respuesta. En el texto acordado se menciona que las autoridades chilenas habían pactado con Minera Los Pelambres la realización de un plan de obras, que incluía el retiro de la escombrera del territorio argentino y la concreción de trabajos de mitigación ambiental. Este plan de trabajo ya había sido presentado ante las autoridades judiciales argentinas, quienes habían manifestado su aceptación. En apoyo de estas acciones, Argentina y Chile, como partes en el acuerdo, dispondrían las medidas necesarias para contribuir a la ejecución urgente del plan, de conformidad con su derecho interno. Además, las partes realizarían un seguimiento de la situación y se transmitirían toda la información pertinente a través de sus respectivos ministerios de relaciones exteriores. De esta manera, "...para la República Argentina el cumplimiento del retiro completo del botadero «Cerro Amarillo» y la realización satisfactoria de las obras de mitigación ambiental asociadas constituyen una solución definitiva, y que resulta ambientalmente adecuada".

Asimismo, el penúltimo párrafo de este segundo acuerdo estipula:

Nada de lo expresado en esta Nota, así como en la Nota de respuesta, altera la posición jurídica que mantiene cada Estado, conocida por ambos y que reservan expresamente, respecto de las implicancias jurídicas derivadas para los Estados de la presencia del botadero "Cerro Amarillo" en territorio argentino.

La estipulación transcrita implicaría una reserva de futuros reclamos por parte de Argentina, vinculados tanto con la violación de su soberanía como con el problema de la contaminación transfronteriza sufrida. Sin embargo, hasta la fecha de redacción de estas líneas, no existen indicios acerca de una posible reapertura del conflicto.

V. LA CONTROVERSIA DE LA CORDILLERA A LA LUZ DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Al analizar el *caso Corfu Channel*⁴¹ como un paradigma en materia de responsabilidad, Brownlie señaló: “This decision provides a very helpful demonstration of the necessary transition from the generalities of the literature to the particular problems of the marshaling of evidence, the standard of proof and the application of the relevant legal principles in particular situations”.⁴²

En otras palabras, si un conflicto actual entre Estados es analizado exclusivamente desde un enfoque teórico, pueden perderse de vista las diferentes cuestiones prácticas involucradas, entre ellas, como expresó el autor inglés, los métodos de obtención de evidencia para sostener una posición frente a los jueces y el estándar de prueba exigido por el tribunal.

Esta lógica parece primar en las controversias que involucran un daño ambiental transfronterizo. Desde la teoría parecería simple llevar adelante un litigio internacional de estas características, identificando al Estado en el cual se origina el daño, denunciando al operador o entidad contaminante, y aportando evidencia del perjuicio sufrido. Sin embargo, en la práctica existen diferentes complicaciones que, al ser ponderadas por el Estado afectado, lo obligan a repensar la forma de alegar las reglas de responsabilidad internacional para dirimir la cuestión.

La reducida casuística jurisdiccional internacional en los asuntos ambientales confirma la anterior observación. De acuerdo con Loibl:

Although already in the 1940's the Trail Smelter Arbitration addressed transboundary environmental damages, the number of cases that have been brought to international adjudication has been limited. This is underlined by the fact that since the ICJ established a special Chamber for Environmental Matters in 1993, no case was referred to this Chamber. Furthermore, environmental issues have hardly been at

⁴¹ *Corfu Channel Case*, Judgment of April 4th, 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 4.

⁴² Brownlie, Ian, “State Responsibility and the International Court of Justice”, en Fitzmaurice, Malgosia y Sarooshi, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 14.

the heart of disputes before other international courts or arbitral tribunals between States.⁴³

En palabras de Scovazzi:

It is a matter of fact that States are rather reluctant to challenge each other in the field of international responsibility for environmental harm. This attitude is so rooted that it sometimes happens that States affected by environmental harm refrain from making claims of international responsibility because of the doubts about the success of such a step and, perhaps, because of the concern to establish a precedent that could play against them in future cases.⁴⁴

Esas dudas que plantean los Estados acerca del éxito de un litigio por daño transfronterizo, como mencionó Scovazzi, encontrarían su justificación al menos en dos cuestiones: primero, porque las reglas en materia de responsabilidad *sine delicto* no cuentan con una aceptación extendida, y no se les considera, por el momento, como parte del derecho internacional general, y, segundo, a causa de las dificultades que pueden surgir para reunir la prueba suficiente, que permita endilgar la responsabilidad a un Estado, en muchos

⁴³ Loibl, Gerhard, “Environmental Law and Non-Compliance Procedures: Issues of State Responsibility”, en Fitzmaurice, Malgosia y Sarooshi, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 202. En contra, véase Sands, Philippe, “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”, *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 37, 2007, pp. 67 y 68, quien destacó el incremento de jurisdicciones internacionales avocadas a la temática ambiental, así como el interés de diferentes actores en iniciar litigios en este campo. Si bien es acertado que, con posterioridad a la publicación de Loibl en 2004, las jurisdicciones internacionales sumaron algunos aportes a la temática ambiental, los precedentes continúan siendo escasos. En la nómina de la Corte Internacional de Justicia se puede contabilizar al ya mencionado *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*; *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, y *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, este último aún en desarrollo. Un litigio sobre daño ambiental transfronterizo, presentado y luego removido de la lista de la Corte, es *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Order of 13 September 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 278.

⁴⁴ Scovazzi, Tullio, “Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection”, en Ragazzi, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005, p. 215.

casos por la conducta perjudicial desplegada por una empresa del sector privado.⁴⁵ En nuestra opinión, la disputa entre Argentina y Chile ejemplifica claramente ambas dificultades.

Una primera lectura de esta controversia parece situarnos rápidamente en el campo de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades lícitas; es decir, que en el desarrollo de una actividad industrial (minería a gran escala), autorizada por el Estado territorial, se habría causado un perjuicio de manera transfronteriza a otro Estado. Asimismo, desde una perspectiva jurisdiccional, existirían muchas probabilidades de éxito, dada la notoria evidencia física del daño y el reconocimiento explícito hecho por la empresa contaminante.

Sin embargo, una lectura más profunda permite entrever ciertos aspectos que no encuadran de forma sencilla en la formulación teórica de la responsabilidad *sine delicto* y que, adicionalmente, dificultan las cuestiones probatorias. La CDI expresó de forma adecuada esta complejidad:

Hay que señalar que, al trasladar el concepto de responsabilidad objetiva de un contexto interno, nacional (donde está bien establecido, aunque con todas las diferencias relativas a la forma en que se invoca y se aplica en distintas jurisdicciones) para convertirlo en una norma internacional, se deben definir cuidadosamente sus elementos, aunque sin perder de vista el objetivo básico, a saber, imputar a una persona, sin ninguna prueba de culpa, la responsabilidad por haber creado un riesgo al dedicarse a una actividad peligrosa.⁴⁶

En primer lugar, cabe observar que el daño transfronterizo fue producto de una acción deliberada de la empresa, que depositó los residuos de su explotación en el área oriental del límite internacional, fuera del espacio concedido por el Estado territorial para su actividad. De esta manera, no puede catalogarse como una consecuencia no deseada de la actividad industrial, o de un perjuicio causado por un accidente, cualquiera que sea su origen (hecho de la naturaleza o actividad humana). Por el contrario, la empresa

⁴⁵ Nuevamente, en palabras de Scovazzi: “It follows that, once it has been determined that a private entity has failed to exercise due diligence in carrying out a harmful activity, it still needs to be determined whether a State organ omitted to exercise due diligence in controlling that private entity. Again, States are rather reluctant to claim or to accept international responsibility for a conduct which is not taken directly by their organs”. *Ibidem*, p. 216.

⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2006, cit.*, p. 88, párr. 17.

chilena realizó un acto contrario a las normas vigentes, de ahí que las consecuencias que se le imputan se deriven de esa acción voluntaria.⁴⁷

En segundo lugar, también es posible encuadrar el caso desde la violación por parte de Chile de su deber de prevención y supervisión, y derivar de esa conducta el perjuicio para Argentina. Por lo tanto, se trataría de un planteo clásico de responsabilidad internacional, como expresaba Remiro Brotóns,⁴⁸ como consecuencia de la violación de una obligación primaria, que establece que un Estado no puede permitir que su territorio sea utilizado para causar perjuicio a un tercer Estado.⁴⁹ Es en este sentido que se justificaría la inclusión del penúltimo párrafo del Acuerdo del 12 de diciembre de 2017, cuando señala que la solución consensuada entre las partes no altera las posiciones respectivas con relación a las implicancias jurídicas de la presencia del botadero en territorio argentino. De acuerdo con una interpretación razonable de esa estipulación, y si bien el plan de obras permitiría remediar las consecuencias inmediatas e impedir un agravamiento de la situación, sería posible iniciar en fecha posterior una reclamación de Estado a Estado por la violación del derecho internacional. En opinión de la CDI:

... los Estados son responsables en derecho internacional del incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios [de 2006] se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención.⁵⁰

A su vez, debe quedar en claro que el Estado territorial no puede eximirse de responsabilidad interponiendo la figura de un particular.⁵¹ Si bien la

⁴⁷ En palabras de Xue, se podría aplicar la categoría de “daño transfronterizo no accidental”, que involucra aquellos casos en los cuales el daño es provocado por actos deliberados, ocasionales o acumulativos, con efectos perjudiciales. Xue, Hanqin, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁸ Remiro Brotóns, Antonio, *op. cit.*, p. 748.

⁴⁹ En palabras de la Corte Internacional de Justicia: “The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”. *Cfr. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

⁵⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2006*, *cit.*, p. 66, ap. 6.

⁵¹ Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2001*, *cit.*, pp. 39 y 40 (párrs. 3 y 4) y 49-51. Como referencia general del tema, véase Frouville, Olivier de, “Attribution of

explotación minera no se realiza, en este caso, a través de una actividad gubernamental, son las autoridades territoriales quienes otorgaron la autorización para concretarla y quienes tienen el deber de verificar que se cumplan las normas vigentes, tanto internas de ese Estado como aquellas del derecho internacional.⁵²

Adicionalmente, la violación de las reglas en materia de prevención del daño transfronterizo es compleja de acreditar. Del principio general de derecho procesal que rige la carga probatoria se deriva que Argentina debería demostrar que Chile no controló a la empresa minera, o que no lo hizo de manera eficiente. Ahora bien, la existencia de un daño transfronterizo sensible es una prueba importante, aunque no concluyente, de la violación.⁵³

Esta lectura ampliada de la controversia permite ejemplificar las particularidades de los casos en materia de daño transfronterizo. Al mismo tiempo, se evidencia el enfoque pragmático que priorizan los Estados, los cuales están más interesados en obtener una solución satisfactoria en el corto plazo que en invocar conceptos teóricos del derecho internacional general frente a un tribunal internacional.⁵⁴ Una vez más, es relevante recurrir a los comentarios de Brownlie respecto del decisivo *Corfu Channel*: “The judgment of the Court provides a valuable reminder of the need to avoid generalizing principles and simplistic polarities in the sphere of State responsibility”.⁵⁵

Conduct to the State: Private Individuals”, en Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010, pp. 257-280.

⁵² Conforme a Birnie *et al.*: “Even where an activity causing environmental harm is conducted by private parties, as in the Trail Smelter or Pulp Mills Cases, the issue remains one of the state’s responsibility for prevention, cooperation, and notification, which cannot be avoided by surrendering the activity itself into private hands”. Birnie, Patricia *et al.*, *op. cit.*, p. 214.

⁵³ De acuerdo con el enfoque utilizado por la CDI en su Proyecto de Principios de 2006: “La responsabilidad causal puede aliviar la carga que, de lo contrario, deberían soportar las víctimas para probar la culpa del explotador, pero no elimina las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad”. Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la CDI 2006, cit.*, p. 88, párr. 16.

⁵⁴ Conforme a Xue: “Between States, international liability is usually not a simple matter of recovery, but more often a process of the settlement of disputes, where not only the individual rights of the victims are involved, but national interests also must be accommodated”. Xue, Hanqin, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁵ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 16.

VI. CONCLUSIONES

En la primera parte de este trabajo fue expuesto el estado actual de los debates acerca de las reglas en materia de responsabilidad *ex delicto* y *sine delicto*. Asimismo, se destacó que, frente a un incidente por contaminación transfronteriza, en el que teóricamente podrían aplicarse los principios de la responsabilidad *sine delicto*, los Estados involucrados se enfrentan a un doble desafío: primero, un conjunto de reglas que aún no son reputadas como parte del derecho internacional general, y, segundo, una relativa complejidad en materia probatoria, que dificulta prever el éxito en un litigio jurisdiccional internacional.

En este sentido, la controversia entre Argentina y Chile por el vertedero en la Cordillera de los Andes resulta ilustrativa de los desafíos antes mencionados. Con el factor temporal en su contra, dado que los daños ambientales serían cada vez de más difícil mitigación, los Estados buscaron soluciones puntuales a través de negociaciones directas. Por ello, los acuerdos se concretaron mediante cuatro reuniones de un día de duración cada una, en un plazo total de cinco meses, y se formalizaron en el segundo mes posterior al último encuentro. Sin embargo, en el segundo convenio bilateral se dejó en claro que las posiciones jurídicas de las partes permanecían inalteradas, párrafo que habría sido incluido para preservar, fundamentalmente, la posición de Argentina. Esto implica que, a pesar de la búsqueda expeditiva de una solución, el Estado afectado se reservó el derecho de estudiar con más detenimiento la cuestión y, si fuera necesario, iniciar otro tipo de reclamación hacia Chile, por la violación de su soberanía y el daño ambiental provocado en su territorio.

Esta cláusula convencional evidencia que las reglas clásicas en materia de responsabilidad *ex delicto* podrían ser plenamente aplicables si así lo considera necesario Argentina, a pesar de que, desde una óptica teórica, el conflicto parece representar un evento de responsabilidad *sine delicto*, por hechos perjudiciales derivados de una actividad lícita.

De esta manera, la solución convenida para esta controversia se alejó de un esquema normativo rígido o de categorías estancas. Por el contrario, se adoptó un enfoque pragmático, que permite obtener una compensación para quienes hayan sufrido el daño concreto, así como una reparación a los intereses específicos del Estado afectado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARBERIS, Julio, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- BARBOZA, Julio, “La responsabilidad *sine delicto* en el derecho internacional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2012.
- BARBOZA, Julio, “*Sine Delicto* (Causal) Liability and Responsibility for Wrongful Acts in International Law”, en INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *International Law on the Eve of the Twenty-First Century. Views from the International Law Commission*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997.
- BARBOZA, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- BIRNIE, Patricia *et al.*, *International Law and the Environment*, 3a. ed., Oxford University Press, 2009.
- BOYLE, Alan E., “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 39, núm. 1, enero de 1990.
- BROWNLIE, Ian, “State Responsibility and the International Court of Justice”, en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la CDI 1970*, Nueva York, Naciones Unidas, 1972, vol. II.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la CDI 1997*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2002, vol. I.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la CDI 2001*, vol. II: *Segunda parte*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2007.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la CDI 2006*, vol. II: *Segunda parte*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2013.
- CRAWFORD, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2013.
- CRAWFORD, James, “The International Court of Justice and the Law of State Responsibility”, en TAMS, Christian J. y SLOAN, James (eds.), *The Develop-*

- ment of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013.
- DAVID, Eric, "Primary and Secondary Rules", en CRAWFORD, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- DESCAMPS, Hannes *et al.*, *International Documents on Environmental Liability*, Heidelberg, Springer Netherlands, 2008.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie, "The International Law of States Responsibility: Revolution or Evolution?", *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 11, 1989.
- FOSTER, Caroline, "The ILC Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities: Privatizing Risk?", *Review of European Community & International Environmental Law*, Nueva Jersey, vol. 14, núm. 3, 2005.
- FROUVILLE, Olivier de, "Attribution of Conduct to the State: Private Individuals", en CRAWFORD, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, 2a. ed., México, UNAM, 2014.
- HANDL, Günther, "International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for «State Liability»?", *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 37, 2007.
- HANDL, Günther, "State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons", *The American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 3, julio de 1980.
- HANDL, Günther, "Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution", *The American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 1, enero de 1975.
- LOIBL, Gerhard, "Environmental Law and Non-Compliance Procedures: Issues of State Responsibility", en FITZMAURICE, Malgosia y SAROOSHI, Dan (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- MAGRAW, Daniel Barstow, "Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of «International Liability»", *The American Journal of International Law*, vol. 80, núm. 2, abril de 1986.

- NOGUERA RAMOS, Gastón, “Caso «Pelambres»: usurpación, conflictos de límites y potencialidad de daño”, *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, núm. 53, 2018.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa, “International Liability for Transboundary Harm”, *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 34, 2004.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- REY CARO, Ernesto J., “La responsabilidad internacional. Reflexiones sobre su evolución”, en REY CARO, Ernesto J. (dir.), *Responsabilidad internacional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2009.
- REZEK, Francisco, *Direito internacional público*, 11a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- ROSAS, Allan, “Issues of State Liability for Transboundary Environmental Damage”, *Nordic Journal of International Law*, Leiden, vol. 60, núm. 2, 1991.
- ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.
- SANDS, Philippe, “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”, *Environmental Policy and Law*, Ámsterdam, vol. 37, 2007.
- SCOVAZZI, Tullio, “Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection”, en RAGAZZI, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005.
- SUCHARITKUL, Sompong, “State Responsibility and International Liability under International Law”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, Los Ángeles, vol. 18, 1996.
- XUE, Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003.
- YAMADA, Chusei, “Revisiting the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility”, en RAGAZZI, Maurizio (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005.

Los primeros arbitrajes internacionales en materia ambiental

The First International Environmental Arbitrations

Les premiers arbitrages internationaux pour l'environnement

Gabriel Ferrer Ortega*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Apuntes sobre la evolución del derecho ambiental internacional*. III. *Fur Seals Arbitration*. IV. *Trail Smelter Case*. V. *Arbitraje del lac Lanoux entre Francia y España*. VI. *La herencia de los primeros arbitrajes*. VII. *Bibliografía*.

* “Centro Lindavista”, Centro de Investigación, Información y Apoyo a la Cultura, A. C., México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0034-0104>, gaboferrer@gmail.com.

Artículo recibido el 10 de marzo de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 591-623
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Este trabajo discurre sobre las primeras controversias arbitrales internacionales en las que están presentes temas ambientales: *Fur Seals Arbitration, United States and the United Kingdom* (1893); *Trail Smelter Arbitration, United States of America versus Canada* (1938 y 1941), y *Affaire du Lac Lanoux, Espagne versus France*, (1957). Los dos primeros arbitrajes, resueltos antes de la creación de la Corte Internacional de Justicia, dan una idea de una primera concepción, un primer capítulo, del cambiante pensamiento humano hacia el entorno natural, sentando, junto al *Affaire du Lac Lanoux*, los primeros principios del derecho ambiental internacional.

Palabras clave: litigio internacional, litigio ambiental, derecho ambiental internacional, equidad intergeneracional, el que contamina paga, responsabilidad ambiental.

ABSTRACT: This work deals with the first international arbitration controversies in which environmental issues are present: *Fur Seals Arbitration, United States and the United Kingdom* (1893); *Trail Smelter Arbitration, United States of America versus Canada* (1938 and 1941); and *Affaire du Lac Lanoux, Espagne versus France*, (1957). The first two arbitrations, resolved before the creation of the International Court of Justice, give an idea of a first conception, a first chapter, of the changing human thought towards the natural environment, laying down, together with the *Affaire du Lac Lanoux*, the first principles of International Environmental Law.

Key words: international litigation, environmental litigation, international environmental law, intergenerational equity, polluter pays, environmental responsibility.

RÉSUMÉ: Ce travail traite des premières controverses d'arbitrage international dans lesquelles des problèmes environnementaux sont présents: *Fur Seals Arbitration*, États-Unis et Royaume-Uni (1893); *l'arbitrage Trail Smelter*, États-Unis d'Amérique contre Canada (1938 et 1941); et *Affaire du Lac Lanoux*, Espagne contre France, (1957). Les deux premiers arbitrages, résolus avant la création de la Cour Internationale de Justice, donnent une idée d'une première conception, un premier chapitre, de l'évolution de la pensée humaine vers le milieu naturel, fixant avec *l'Affaire du Lac Lanoux* les premiers principes du droit international de l'environnement.

Mots-clés: litige international, litige environnemental, droit international de l'environnement, équité intergénérationnelle, pollueur-payeur, responsabilité environnementale.

I. INTRODUCCIÓN

Historiar sobre las primeras controversias internacionales en materia ambiental sometidas a arbitraje es adentrarse en la conciencia de la afectación al medio ambiente por el hombre y buscar, en un plano todavía muy primitivo, las reparaciones a las afectaciones del entorno provocadas por la propia actividad humana. Los litigios internacionales fueron de vital importancia para resolver hechos controvertidos de una manera pacífica y legaron al futuro un acervo jurisprudencial que permite volver a ser utilizado en casos similares y proveer de guía normativa a las distintas áreas del derecho internacional, a la cual no es ajena la materia ambiental.

La selección de los casos *Fur Seals Arbitration, United States and the United Kingdom* (1893), *Trail Smelter Arbitration, United States of America versus Canada* (1938 y 1941) y *Affaire du Lac Lanoux, Espagne versus France* (1957) obedece al contenido eminentemente ambiental de ellos, sometido a un criterio cronológico, y a que fueron resueltos por tribunales arbitrales creados por las partes en contraposición a casos posteriores en materia ambiental que han sido presentados ante instancias jurídicas internacionales permanentes, como es el caso de controversias más modernas resueltas por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. No cabe duda que otros arbitrajes y litigios internacionales que no tienen un contenido ambiental han tenido repercusiones importantes en el derecho ambiental internacional, los cuales mencionaremos tangencialmente. Sin embargo, la intención es dejar en claro que desde hace muchos años algunas controversias ambientales son dirimibles y aportan a la evolución de la materia.

De esta manera, quedará en el estudio de estos casos desentrañar la importancia que tuvieron para resolver las cuestiones que se les presentaron y vincularles a la evolución del pensamiento sobre el entorno natural, así como la herencia que han dejado como un referente jurisprudencial e, incluso, en la formación de los primeros principios y reconocimiento de normas en materia ambiental. Por tanto, el estudio de casos no es meramente histórico, lo cual de por sí sería valioso, sino entrelazado a litigios subsecuentes y principios del derecho ambiental internacional.

II. APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Cierto es que en el pensamiento clásico no se encuentra una especial preocupación por el medio ambiente, aunque esto es entendible ante el fenómeno tan relativamente reciente de la trascendencia de presencia humana en nuestro planeta, claramente visible y medible en los últimos años. Todavía hace unas décadas campeaba la idea de que el actuar presente legaba un mejor futuro a las futuras generaciones, lo cual era confirmado por los avances científicos y tecnológicos y las grandes aportaciones culturales y sociales; idea cuestionada hoy en día por la clara huella de daño en nuestro entorno con tonos globales.

La reflexión moderna apunta que “El enorme incremento del potencial de la humanidad que tuvo lugar en el siglo XX explica porque aún los filósofos morales del pasado no prestaron atención de nuestra responsabilidad hacia la posteridad”, de acuerdo con el filósofo alemán Jörg Tregmel;¹ aunque esto no es necesariamente cierto del todo.

Tomás de Aquino señalaba que “compete al hombre, respecto de los bienes exteriores, el uso de los mismos; y en cuanto a esto no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente dé participación de éstas en las necesidades de los demás”,² lo que significa una restricción al abuso o al daño.

Locke, por su parte, afirmaba que los bienes comunes de la Tierra (y animales inferiores) son originariamente comunes para todos los hombres, pueden ser removidos de su estado de naturaleza y apropiados, junto con lo que se añada a estos bienes por el trabajo del hombre, aunque también impone un límite importante, siempre y cuando existan “suficientes bienes y tan buenos en común para otros”.³

¹ Tregmel, Jörg, *A Theory of Intergenerational Justice*, Londres, Earthscan, 2009, p. 3.

² *Summa Theologiae*, 2a2ae, 66, 2. Literalmente apuntaba el doctor angélico: “Aliud vero quod competit homini circa res exteriores est usus ipsarum. Et quantum ad hoc non debet homo habere res exteriores ut proprias, sed ut communes, ut scilicet de facili aliquis ea communicet in necessitates aliorum”. En español puede consultarse Aquino, Tomás, *Suma de Teología, parte II-II (a)*, trad. de Lorenzo Jiménez Patón, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, pp. 544 y 545.

³ Locke, John, *Two Treatises of Government*, Londres, A. Millar et al., 1764, p. 216, disponible en: <https://oll.libertyfund.org/titles/locke-the-two-treatises-of-civil-government-hollis-ed>. La

En el otro extremo del pensamiento, Karl Marx apuntaba que ni siquiera “todas las sociedades contemporáneas reunidas, son propietarias de la tierra”, y agrega el economista y filósofo alemán que “Sólo son sus poseedoras, sus usufructuarias, y deben legarla mejorada, como *boni patres familias*, a las generaciones venideras”.⁴

Esta pequeña muestra, en la escolástica, el pensamiento liberal y el marxista, nos deja ver que de siempre ha existido una noción de limitación al disfrute de los bienes comunes y de nuestro propio planeta. Quedaría la tarea de ligar el pensamiento al fenómeno jurídico, limitar el uso de los bienes comunes o construir el andamiaje jurídico para la construcción de un usufructo planetario.

Ahora bien, en el plano legal, los primeros cuerpos normativos que tienen un atisbo de protección ambiental apenas aparecen en el siglo XIX.⁵ Por lo que toca al ámbito doméstico, es común la idea de que el primer ordenamiento en los Estados Unidos (EUA) fue la Refuse Act de 1899,⁶ creada con el objeto de impedir el vertimiento de desperdicios en aguas navegables, aunque su intención original estaba más enfocada en prohibir obstrucciones a la navegación. Puede, sin embargo, señalarse con toda propiedad que la primera disposición ambiental en los EUA de la que se tiene registro fue la Yosemite Grant, firmada por Abraham Lincoln el 30 de junio de 1864, ordenamiento mediante el cual la Federación cedería a California el valle de Yosemite bajo la condición de que este fuera para uso público y recreativo y que cualquier ingreso fuera utilizado para la conservación, mejoramiento y protección del espacio.⁷ Este decreto fue, a su vez, un antecedente para la creación del Parque Nacional de Yellowstone, en 1872.

discusión sobre la propiedad se encuentra en el capítulo V del libro 2, y las citas en las secciones 26 y 27. En español puede consultarse Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2010, p. 33 y 34.

⁴ Marx, Karl. *El capital*, Biblioteca del Pensamiento Socialista, México, Siglo XXI, 2007, t. III, vol. 8, sección sexta, capítulo XLVI, p. 987.

⁵ Para una apreciación de la historia del derecho ambiental internacional puede consultarse, *inter alia*, el capítulo dedicado a ello en la obra Bodansky, Daniel, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 19-35.

⁶ En este sentido, véase Newton E., David, *Environmental Justice: A Reference Handbook*, 2a. ed., California, ABC-CLIO, LLC, 2009, p. 113.

⁷ U. S. C., title 16, sec. 48.

En cuanto toca al ámbito bilateral, los primeros tratados que tocan tangencialmente algunos aspectos sobre el medio ambiente tratan sobre el uso de ríos fronterizos, acceso al mar, pesquerías y caza. No es dable en este breve estudio detenernos en las particularidades de cada tratado, pero podemos adelantar que en dichos instrumentos las finalidades apuntan más hacia la explotación y poco a la racionalidad de recursos.

En la arena multilateral es señalado como el primero de los acuerdos multilaterales ambientales (MEAs, por sus siglas en inglés) el Tratado para la Regulación del Flujo de las Aguas del Lago de Constanza, concertado por los Estados ribereños en 1857, con miras a evitar los efectos perjudiciales de niveles excesivamente altos de agua en dicho lago, para lo cual se prohibían construcciones como molinos de agua.⁸

Para ilustrar con mayor claridad la sustancia de los primeros MEAs, conviene adentrarse en el texto de alguno de ellos. A guisa de ejemplo, en 1900 se firmaría, en Londres, la Convención para la Preservación de los Animales Silvestres, Pájaros y Peces de África, celebrada entre potencias coloniales europeas: Alemania, España, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido y el atroz Estado Libre de El Congo. Aunque intenta crear un régimen de protección para la vida silvestre en el norte de África, entre las finalidades del instrumento sobresalía la conservación de animales para ser usados como trofeos de caza y por el uso de su pieles y productos; más todavía, llegó a incluir un grupo de animales que consideraba de interés reducir su número, como los cocodrilos, serpientes venenosas y pitones, así como leones, leopardos, hienas, perros salvajes, babuinos y “otros monos dañinos”, algunas aves de rapiña y nutrias.⁹

Solamente dos años más tarde se concertó, en París, la Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura, resultado de un proceso que venía gestándose décadas atrás para establecer un régimen de prohibición de la caza, captura de nidos y cuidado de sitios de reproducción de ciertas aves, principalmente insectívoras, que favorecían la producción agrícola. Suerte que no se destinaba a ciertas aves depredadoras y a un grupo de roedores, ignorándose en esa época los servicios ecosistémicos que prestan

⁸ Disponible en: <http://iea.uoregon.edu/treaty-text/1857-regulationflowwaterlakeconstancedetxt>.

⁹ Para la historia de esta convención y las subsecuentes en la materia, véase Lyster, Simon, *International Wildlife Law: An Analysis of International Treaties Concerned with the Conservation of Wildlife*, Cambridge University Press, 1985, pp. 112-128. El texto del instrumento está disponible en: http://iea.uoregon.edu/pages/view_treaty.php?t=1900-PreservationWildAnimalsBirdsFishAfrica.EN.txt&par=view_treaty_html.

todas las especies.¹⁰ Muy lejos están todavía estas disposiciones a nuestro entendimiento actual; puede señalarse que las concepciones del moderno derecho internacional dieron un gran paso con la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo, de 1972,¹¹ tomando en cuenta que el pensamiento debe evolucionar ante el reto ambiental actual.

La concepción señalada fue evolucionando en los arbitrajes internacionales, como daremos cuenta de ello, sentando las bases de un incipiente derecho ambiental internacional. Habrá de guiar este estudio la búsqueda de los primeros principios en la materia.

III. *FUR SEALS ARBITRATION*

Con una gran anticipación, la primera señalización, el primer argumento verdaderamente jurídico en favor de la conservación de la naturaleza y la preservación del hábitat humano para las futuras generaciones, expuesto en términos sólidos, fue expresado en 1892 por el agente estadounidense en el arbitraje sobre las focas peleteras del mar de Bering, el *Bering Sea Fur Seal Fisheries Arbitration (Great Britain vs. United States)*. El argumento ha quedado enterrado en un injusto olvido, y por el valor intrínseco de los alegatos iusnaturalistas en favor de la conservación de los recursos naturales es dable hacer un recordatorio de sus principales líneas de argumentación en el contexto del arbitraje. Pero antes de ello, es necesario hablar de la problemática que dio origen a la controversia.

1. *Antecedentes*

En 1867 los EUA compraron el territorio de Alaska e islas adyacentes a Rusia, dividiendo en una línea media la zona marina entre ambas potencias. En esta división quedaron las islas Pribilof del lado estadounidense, área

¹⁰ Disponible en: <http://www.ecolex.org/details/treaty/convention-for-the-protection-of-birds-useful-to-agriculture-tre-000067/>.

¹¹ En este sentido, véase Brown Weiss, Edith, “The Evolution of International Environmental Law”, *54 Japanese Y. B. Intl. L.*, pp. 1-27, 2011.

de reproducción de la foca peletera de Alaska (*Callorhinus ursinus*), especie cuya población descendió de 2.5 millones de ejemplares calculados en 1786 a 130,000 en 1910, diezmo provocado por la brutal cacería a la que fue sujeta; pesca pelágica que afectaba en particular a hembras preñadas en el transcurso de su migración.¹²

Ante la situación señalada, el Congreso de EUA emitió ordenamientos entre 1868 y 1873, prohibiendo, salvo casos específicos, la matanza de focas peleteras en las islas Pribilof y en “las aguas adyacentes a ella”, definiendo el secretario del Tesoro, en 1881, que todas las aguas al este de la línea de límite se considera que están dentro de las aguas del territorio de Alaska, lo que fue comunicado en 1886 por el secretario de Hacienda a todas las aduanas.

En el mismo año de 1886, tres botes de foceros canadienses (Carolena, Onward y Thornton) fueron capturados a 60 millas de tierra firme por el Servicio de Impuestos de los Estados Unidos (hoy Guardia Costera). Aunque hubo negociaciones diplomáticas para que fueran liberadas las embarcaciones, un juez de distrito resolvió que la captura de focas fue realizada dentro de territorio estadounidense, lo que permitió el sustento para que otros botes foceros corrieran la misma suerte.¹³

Debe recordarse que, por aquellos años, los asuntos exteriores de Canadá eran atendidos por el Imperio británico, que repudió el reclamo estadounidense y se unió a Rusia para entablar negociaciones con EUA para buscar un acuerdo que le permitiera tener acceso a este recurso pelágico.

Las negociaciones no llegaron a buen puerto, fue entonces cuando el primer ministro británico, lord Salisbury, propuso el arbitraje en 1890. Una vez consentida la propuesta por el secretario de Estado, James Gillespie Blaine, ambas partes acordaron los puntos que habrían de ser referidos al cuerpo arbitral en un compromiso firmado el 29 de febrero de 1892, cuerpo que tendría que resolver cinco cuestiones, de las cuales prestaremos particular atención a la última de ellas:

- 1) ¿Qué jurisdicción exclusiva tenía Rusia sobre el mar de Bering y sus recursos, antes y al momento de ceder Alaska a los EUA?

¹² Older, Owen S., *Conservación de recursos naturales*, 2a. ed., trad. de Ambrosio González Cortés, México, Pax, 2000, p. 507.

¹³ Para más detalles véase Brown, J. Stanley, “Fur Seals and the Bering Sea Arbitration”, *Journal of the American Geographical Society of New York*, vol. 26, núm. 1, 1894, pp. 326-372.

- 2) ¿Hasta qué punto los reclamos de jurisdicción sobre la caza de focas habrían sido reconocidos por la Gran Bretaña?
- 3) ¿Estaba incluido el mar de Bering en la frase “océano Pacífico” utilizada en el tratado de 1825 entre Gran Bretaña y Rusia? ¿Qué derechos pudo haber ejercido Rusia en el mar de Bering después de dicho tratado?
- 4) ¿Pasaron intactos todos los derechos de jurisdicción y sobre la caza de focas en el mar de Bering en el tratado entre los EUA y Rusia de 1867?
- 5) ¿Tienen los EUA un derecho de protección o propiedad sobre las focas peleteras que frecuentan el mar de Bering cuando aquellos mamíferos se encuentran fuera del límite de las tres millas?

2. Argumentación estadounidense

El agente de los EUA, James Coolidge Carter, como premisa, buscó colocar a su país como soberano de las focas peleteras, casi 100 años antes de que se cristalizara el concepto de Zona Económica Exclusiva. Sobre la cuestión de conservación, Carter afirmaba que la propiedad no es absoluta, pues la noción de que el titular puede abusar de ella e incluso destruirla es desacertada. Pensar que la limitación del propietario es solamente moral o religiosa, que es responsable solamente ante su creador y no ante leyes humanas es igualmente equívoco, añadiría Carter.¹⁴ Y en dos puntos resumiría Carter esta postura: *i)* ningún individuo o nación tiene un derecho absoluto sobre la propiedad que posee, su título está limitado por un fideicomiso en beneficio de la humanidad y *ii)* el título es aún más limitado. Las cosas mismas no le son dadas, sólo el usufructo o las creces. No es más que el custodio de las acciones o de la cosa principal, detentándola en fideicomiso para las generaciones presentes y futuras del hombre.¹⁵ No habría sido la exposición de Carter un argumento lírico, el agente estadounidense sostendría sus afirmaciones en la aserción de Puffendorf: “Dios dio el mundo, no a un hombre u a otro, sino a toda la

¹⁴ Fur Seal Arbitration, *Argument of the United States Before the Tribunal of Arbitration Convened at Paris Under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Great Britain, Concluded February 29, 1892*, Washington, Govt. print. Off, 1893, pp. 518 y 519.

¹⁵ *Ibidem*, p. 519.

humanidad en general”,¹⁶ y en la aseveración de Locke: “Dios dio el mundo a los hombres en común”.¹⁷

Vale la pena profundizar en el pensamiento de Puffendorf. En el mismo libro *De iure naturae et Gentium*, citado por Carter, también se apunta que la razón lleva al hombre a usar sus posesiones con moderación para su propio servicio y el de sus dependientes. Este principio no impide que se preocupe por el futuro, siempre y cuando no sea por envidia o avaricia que prevenga a otros de su aprovechamiento. No son accidentales las aseveraciones de Puffendorf, fueron extraídas del capítulo “Del origen del dominio o la propiedad”, las cuales, sin ser una premonición de los problemas que la humanidad enfrenta por el deterioro ambiental, constituyen principios naturales aplicables a todos los tiempos y circunstancias.

En continuación al argumento, Carter retoma la idea central de Locke: “Dios dio la tierra a los hombres en común”, y le añade como ingrediente que una nación sería fiduciaria de los frutos que fueran excedentes a sus necesidades. Carter también discute la posibilidad del descuido a este deber: “destruir la fuente de donde fluya cualquier bendición humana no es simplemente un error, es un crimen. Y el mal no está limitado por las fronteras de las naciones, es infligido a aquellos a quienes la bendición sería útil dondequiera moren”.¹⁸ Más allá, Carter prevé un mecanismo; en estos casos el agente estadounidense afirma que habría una acción de reparación.¹⁹

Asimismo, Carter intentaría construir lo que hoy es reconocido como el principio de equidad intergeneracional,²⁰ lo que pudo haber constituido

¹⁶ Puffendorf, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, Londres, J. Walthoe *et al.*, 1729, pp. 383 y 384, disponible en: https://openlibrary.org/books/OL6563001M/Of_the_Law_of_nature_and_nations.

¹⁷ Locke, John, *Two Treatises of Government*, *cit.*, p. 216.

¹⁸ Fur Seal Arbitration, *Argument of the United States...*, *cit.* pp. 63 y 64.

¹⁹ *Ibidem*, p. 64.

²⁰ Para un estudio profundo de este principio véase Ferrer Ortega, Luis Gabriel, *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3635-los-derechos-de-las-futuras-generaciones-desde-la-perspectiva-del-derecho-internacional-el-principio-de-equidad-intergeneracional>; Ferrer Ortega, Luis Gabriel y Ferrer Ortega, Jesús Guillermo, “El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008.

un verdadero salto cuántico si hubiera tenido resonancia su argumentación. Carter propondría los siguientes principios:

- La naturaleza no pertenece a una sola nación, pertenece a toda la humanidad en su conjunto.
- En la definición de humanidad, todas las generaciones, futuras y presentes, están incluidas.
- La tierra está diseñada para ser la morada permanente del hombre a través de generaciones interminables.
- Cada generación tiene solamente el derecho a usar equitativamente su herencia.
- Es contrario al derecho natural comprometer a la siguiente generación con desechos.
- Cada generación debe transmitir su herencia por lo menos en la misma condición que la recibió.
- La generación presente no puede consumir o destruir el incremento de los productos de la tierra, y menos los propios recursos, dejando una provisión inadecuada para que se multipliquen esos recursos.

Este punto es un adelanto a la fundación de una teoría de equidad intergeneracional como la plantearía 100 años después Edith Brown Weiss, en la obra *In Fairness to Future Generations*, bajo tres principios básicos:

- 1) *Conservación de opciones*. Cada generación deberá conservar la diversidad de la base de sus recursos naturales y culturales con el fin de no coartar indebidamente las opciones de generaciones futuras para solucionar sus problemas y satisfacer sus propios valores. Igualmente tendrá el derecho a gozar una diversidad comparable a la que disfrutó la generación previa.
- 2) *Conservación de calidad*. Cada generación deberá mantener la calidad de la tierra para que pueda ser entregada en una condición que no sea inferior de lo que la recibió.
- 3) *Conservación de acceso*. Cada generación deberá otorgar a sus miembros derechos equitativos para que puedan acceder al legado de la generación anterior y deberá conservar este acceso a las generaciones posteriores.²¹

²¹ Brown Weiss, Edith, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokio, United Nations University Press, 1989, pp. 34-44

Como puede observarse, existe un gran paralelismo no sólo en la enunciación de los principios básicos, sino también en la propia cimentación. Para Brown Weiss, la equidad intergeneracional se enfoca “en la relación inherente que cada generación tiene con otras generaciones, pasadas y futuras, en el uso del patrimonio común de recursos naturales y culturales del planeta”. Entendida la generación presente como “custodia del planeta”, ciertas obligaciones se pueden transformar en normas ejecutables “[c]omo beneficiarios del legado de las generaciones pasadas, hemos heredado ciertos derechos a gozar los frutos de este legado, tal como lo harán las futuras generaciones”.²²

Regresando al litigio, Carter, anticipando cualquier argumentación positivista, intentó señalar que sus razonamientos eran autodemostrables, y que por ello ningún pensador reparó en justificarlas, bastando la propia mención para tenerlas por asentadas. El litigante estadounidense también argumentaba que el hombre primitivo, con menores necesidades, jamás pondría en peligro los recursos naturales ni tendría que aprovisionarse para el futuro; sin embargo, con el avance de la civilización, el incremento poblacional y la multiplicación de las necesidades podría sobrevenir un peligro de sobreconsumo, al que le acompañaría el desarrollo de una visión prudencial que buscaría evitar el peligro.²³ Ojalá y hubieran sido desacertadas las aseveraciones del agente estadounidense, pero hoy en día es constatable que se actualizan sus hipótesis.

3. Réplica británica

No sería extraño que la contraparte inglesa contrarrestara los argumentos estadounidenses en la tradicional concepción del término de la sobera-

²² *Ibidem*, p. 21. “Intergenerational equity arises in the context of fairness among all generations. The theory of intergenerational equity proposed here focuses on the inherent relationship that each generation has to other generations, past and future, in using the common patrimony of natural and cultural resources of our planet. The starting proposition is that each generation is both a custodian and a user of our common natural and cultural patrimony. As custodians of this planet, we have certain obligations to future generations which we can transform into legally enforceable norms. Our ancestors had such obligations to us. As beneficiaries of the legacy of past generations, we inherit certain rights to enjoy the fruits of this legacy, as do future generations. We may view these as intergenerational planetary obligations and planetary rights”.

²³ *Ibidem*, p. 64, “But with the advance of civilization, the increase in population, and the multiplication of wants, a peril of overconsumption arises, and along with it a development of that prudential wisdom which seeks to avert the danger”.

nía al terminarse la franja de las tres millas marinas y replicara que los EUA se refugiaban en una pretendida protección de lo que no les corresponde en propiedad de forma tan novedosa: “Que sus partidarios confiesan con candor que no puede descansar en ningún precedente sino que un precedente debe ser establecido por el derecho internacional para satisfacer las exigencias del caso”.²⁴ No sin cierta sorna, el argumento inglés echaría por tierra la tesis iusnaturalista de Carter, señalando que, en cuanto a la referencia a las “leyes de la historia natural”, no se conoce el código de tales leyes, y en lo que toca a los “intereses comunes de la humanidad”, éstos deben ser probados por y con los principios legales. Se remataría esta idea, bajo una tesis voluntarista y positivista, la cual predomina con escasas excepciones en nuestros días: en el derecho internacional no pueden crearse espontáneamente principios novedosos, el consentimiento de los Estados, esencial para la admisión de un nuevo precedente, no puede ser presumido.²⁵

La visión inglesa sobre la conservación de la naturaleza era muy lejana a la visión del litigante estadounidense, tal como lo refleja la Convención para la Preservación de los Animales Silvestres, Pájaros y Peces de África firmada en 1900 y de la que hemos comentado que tenía miras diferentes a lo que podría ser un MEA actual.

4. *Laudo arbitral*

La respuesta y la reacción de la parte inglesa es conocida, lo que no puede saberse a ciencia cierta es el efecto que causó el argumento estadounidense en los arbitradores. En cierto sentido, la visión anticipatoria de Carter sería el equivalente a un texto de Julio Verne²⁶ en aquellos años, y lamentablemente los considerandos del laudo son escuetos, por lo que son

²⁴ Bering Sea Tribunal of Arbitration, *Proceedings of the Tribunal of Arbitration Convened in Paris Under the Treaty between the United States of America and Great Britain, Concluded at Washington, February 29, 1892, for the Determination of Questions between the Two Governments Concerning the Jurisdictional Rights of the United States in the Waters of Bering Sea*, Argument of Her Majesty's Government, Washington, G. P. O., 1895, vol. X, p. 9.

²⁵ *Ibidem*, p. 34.

²⁶ Curiosamente, Verne falleció el mismo año que el litigante estadounidense (1905) y habría nacido unos meses después de Carter (febrero de 1828 y octubre de 1827, respectivamente).

inciertas las reflexiones que llevaron a los togados a pronunciarlo el 15 de agosto de 1893.

A pesar de ello, y aunado a que prevalecería el Reino Unido en todos los puntos²⁷ sobre los EUA, incluido el quinto, se resolvería afirmando que este último país no tenía ningún derecho a proteger a las focas peleteras cuando aquellas se encuentran fuera del límite reconocido de las tres millas. He aquí un antecedente valioso sobre el derecho de protección a los recursos naturales en zonas marinas, al cual se le uniría más tarde el laudo arbitral en el caso de las *Pesquerías en la Costa del Atlántico Norte*, ocasión en que los árbitros señalarían que el Estado costero no tendría el derecho sino la obligación de proteger y preservar las pesquerías en el mar bajo su jurisdicción,²⁸ lo cual vemos hoy en día reflejado en el artículo 193 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar).

Pues bien, pareciera que algún efecto habría causado el argumento de Carter en el ánimo de los arbitradores, ya que más adelante se resolvería que podrían establecerse ciertas regulaciones con el concierto de ambos países. En esto, debe reconocerse que fue un gran acierto la estrategia estadounidense al haber convencido a la parte británica de facultar al tribunal para proponer regulaciones para la protección y preservación de la especie. Fue una batalla ganada en este punto desde antes de haber comenzado; los arbitradores, aunque reconocieron que los EUA no tendrían ningún derecho a proteger a las focas peleteras más allá del límite de las tres millas, se vieron obligados a redactar un proyecto de regulaciones para las partes.

En concreto, el tribunal redactó un articulado *ex profeso* entre cuyas propuestas se incluyeron: una zona de protección de 60 millas alrededor de las islas Pribilov, prohibir la captura durante la época del año comprendida entre el 1o. de mayo y el 31 de julio,²⁹ un régimen de licencias para las

²⁷ Incluida una reparación. La cuantificación de daños fue decidida por una comisión mixta establecida entre ambas partes en 1896, la que otorgaría a Gran Bretaña la suma de \$473,151.26, que equivaldría a más de 10 millones de dólares si se ajustara la cantidad en nuestros días.

²⁸ Permanent Court of Arbitration, *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, Award of 7 September 1910, Reports of International Arbitral Awards, p. 187.

²⁹ Bering Sea Tribunal of Arbitration, *Award of the Tribunal of Arbitration Constituted Under Article I of the Treaty Concluded at Washington on the 29th February, 1892, between Her Britannic Majesty and the United States of America*, Londres, Her Majesty Stationery Office-Harrison and Sons, 1893, p. 10. Expresaría, literalmente: “Los dos Gobiernos deberán prohibir a sus ciudadanos y súbditos respectivamente la muerte, captura y persecución de focas peleteras en Alta

embarcaciones involucradas en la caza de la foca peletera, conteo de individuos capturados, intercambio de información sobre operaciones de pesca y captura humanitaria (prohibición de redes, armas de fuego y explosivos, control de aptitudes y destreza de pescadores y, como remate, protección a la pesca tradicional de grupos étnicos).

Considerando que la resolución data de más de un siglo de existencia, no dejaba de ser novedoso el contenido de este proyecto de articulado para el terreno internacional, y para cualquier otro, podríamos añadir. Aunque no se adaptó la propuesta arbitral, sin duda contribuiría a la firma de un tratado convenido entre el Reino Unido, los EUA, Japón y Rusia con miras a la protección de la foca peletera.³⁰

Lo que más hemos querido destacar de este arbitraje es la visión del jurista Carter, muy adelantada a su tiempo y expresada en términos similares a la teoría que propondría casi 100 años después Edith Brown Weiss para las futuras generaciones, así como la primera propuesta de un régimen de protección fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Ahora bien, ¿cuál es el valor del argumento estadounidense dentro del caso en comento? Para el derecho internacional es comúnmente aceptado que la *ratio decidendi* de una resolución es la parte que tiene mayor valor normativo;³¹ por consiguiente, el argumento de una de las partes visto de manera aislada no tendría ningún valor. Sin embargo, las proposiciones de una de las partes pueden servir de guía para entender las razones por las cuales un juzgador se inclina en un sentido u otro. Por no estar expreso en las razones que le llevaron a proponer las regulaciones para las partes, queda en el terreno de la conjetura que el argumento de Carter pudo haber influido en la pluma de los arbitradores. A pesar de ello, no sería la última mención de lo que hoy se conoce como el principio de equidad in-

Mar, de cualquier forma que sea, durante el periodo anual comprendido entre el primero de mayo al 31 de julio, en el Oceano Pacifico, incluyendo el Mar de Bering (*the two Governments shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture, or pursue, in any manner whatever, during the season extending, each year, from the 1st May to the 31st July, both inclusive, the fur-seals on the high sea, in the part of the Pacific Ocean, inclusive of the Behring Sea*)”.

³⁰ North Pacific Fur Seal Convention of 1911, formalmente titulada: Convention between the United States and Other Powers Providing for the Preservation and Protection of Fur Seals.

³¹ Jennings, (Sir) Robert Y., “Judicial Reasoning at an International Court”, en Ress, G. (ed.), *Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, Saarbrücken, núm. 236, 1991, pp. 6 y 7.

tergeneracional; correspondería al juez Weeramentry volver a retomarlo con fuerza en su opinión individual en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* ante la CIJ,³² después de un ayuno judicial de casi 100 años de la necesaria preocupación por las futuras generaciones y, posteriormente, en su opinión individual en el caso *Whaling in the Antarctic (Australia vs. Japan: New Zealand intervening)*,³³ obra jurisprudencial que, junto con otras fuentes de derecho internacional, lleva a la solidificación del principio de equidad intergeneracional. He ahí el legado de Carter.

IV. TRAIL SMELTER CASE

1. Antecedentes

El caso *Trail Smelter* tuvo su origen en las reclamaciones de EUA a Canadá por las emisiones de una fundidora de zinc y plomo ubicada en el poblado de Trail, British Columbia, las cuales causaron daño a un número de granjas ubicadas en el estado de Washington.

Como un dato curioso que arroja luz sobre la particularidad del caso y la trascendencia de la fundidora en la vida cotidiana, el muy famoso equipo local de hockey sobre hielo, deporte nacional canadiense, es conocido como los “tragahumos” (*smokeaters*). La conexión entre la economía y vida cotidiana del poblado canadiense se ilustra con su antiguo lema: “Entre más grueso el humo que asciende de la colina de la fundidora, mayor es la prosperidad”. Por supuesto, los estudios sobre la fundidora de Trail aclaran que la prosperidad llevó aparejada la afectación al medio ambiente en los alrededores

³² “La noción de no causar daño a otros y de ahí *sic utere tuo ut alienum non laedas* fue una noción central en el budismo. Esto se traduce fluidamente en las posturas ambientales. «Alienum» en este contexto puede ser extendido por el budismo a las futuras generaciones también, y a otros elementos componentes del orden natural más allá del hombre mismo, ya que el concepto budista del deber tiene un largo alcance”, entre otros pasajes: *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports, *Judgment of 25 September 1997, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, p. 102.

³³ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, ICJ Reports, *Judgment of 31 March 2014*, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 41-47.

de la planta, describiendo las transformaciones de bosques de coníferas y campos en verdaderos “paisajes lunares”.³⁴

Pues bien, la fundidora se instaló en 1896, a 11 millas de la frontera con los EUA siguiendo el cauce del río Columbia, y fue adquirida en 1906 por la minera canadiense Consolidated Mining and Smelting Company. A partir de 1925 aumentó su producción, lo que resultó en mayores emisiones de bióxido de azufre, que causaron daños en el estado de Washington entre 1925 y 1931. Dos años después, el cónsul general estadounidense en Ottawa presentaría la cuestión al gobierno de Canadá, y en el mismo año los EUA propondrían que la problemática fuera remitida a la Comisión Internacional Conjunta, establecida entre ambos países y cuya función sería llevar a cabo una investigación y presentar un informe.³⁵

Para 1931 la Comisión Internacional Conjunta presentaría su informe, cuantificando los daños al 1o. de agosto en 350 mil dólares y recomendando que se tomaran medidas para que la fundidora redujera sus emisiones.

No fue suficiente la labor de la Comisión. La parte canadiense se había dado por satisfecha con el informe y las recomendaciones, no así la parte estadounidense, a pesar de que la fundidora de Trail había iniciado labores para reducir a un tercio la emisión de azufres.

2. El planteamiento arbitral

Ante esta disensión, las partes habrían de recurrir al arbitraje. Mediante un compromiso arbitral firmado en 1935 se estableció un tribunal, cuyo artículo III le encomendaría resolver, en resumidas cuentas, los siguientes puntos: i) si existió daño después del 1o. de enero de 1932 y, en su caso, cuál sería la indemnización; ii) si la fundidora debería abstenerse de causar

³⁴ Cfr. Allum, James R., “«An Outcrop of Hell»: History, Environment, and the Politics of the Trail Smelter Dispute”, en Bratspits, Rebecca M. y Miller, Russell (eds.), *Transboundary Harm in International Law Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, pp. 13-36.

³⁵ Esa sería la función para la Comisión, sin facultades para emitir resoluciones, de acuerdo con el artículo 9o. del Boundary Waters Treaty, firmado por ambos países en 1909. Treaty between Great Britain and the United States relating to Boundary Waters and Questions Arising between the United States and Canada, 11 Jan. 1909, 36 Stat. 2448.

daño y hasta qué punto; *iii*) las medidas o régimen que debía adoptarse, de ser el caso, y *iv*) la indemnización o compensación que debería pagarse.³⁶

Para responder a los planteamientos presentados, los árbitros debían aplicar “el derecho y la práctica seguida [...] en los Estados Unidos de América, así como el derecho y la práctica internacional”,³⁷ cuestión que no era menor, pues si bien es cierto que se contaba con algunos precedentes judiciales en ese país, en el terreno ambiental internacional no habría pronunciamientos arbitrales o convencionales. El panorama podría ser inclusive sombrío de considerarse que los propios EUA adoptaron por algún tiempo la llamada Doctrina Harmon, que prescribía, en términos llanos, que ese país podría llevar a cabo cualquier actividad en el río Colorado sin importar las afectaciones que le causaran a su vecino: México.³⁸

Por otro lado, puede señalarse que el laudo, en buena medida, fundó su decisión en el espíritu del famoso *caso Alabama*, que menciona, en diversas ocasiones y de forma contundente, que Gran Bretaña tenía el deber de prevenir la construcción de un buque destinado a causar presa de embarcaciones de la Unión durante la Guerra Civil estadounidense.³⁹

3. *El Laudo arbitral*

Si bien a la argumentación podrían dedicarse numerosas páginas, habremos de obviarla y enfocar los esfuerzos al contenido del fallo y a la evolución de sus ideas centrales. Podría hablarse de dos laudos o, con mayor propiedad, de un laudo compuesto por dos textos complementarios emitidos en diferentes fechas. En efecto, el 16 de abril de 1938, el tribunal publicó su “decisión final” a la cuestión 1, decisiones temporales a las cuestiones 2 y 3, decretando un régimen para las partes, y la decisión definitiva habría de publicarse el 11 de marzo de 1941.

³⁶ Convention Between the United States of America and the Dominion of Canada Relative to the Establishment of a Tribunal to Decide Questions of Indemnity and Future Regime Arising from the Operation of Smelter at Trail, British Columbia, 49 Stat. 3245.

³⁷ *Ibidem*, artículo IV.

³⁸ 21 *Op. Att'y Gen.* 274 (1895).

³⁹ Alabama Claims Arbitration, 1872, Moore, 1 *International Arbitration* 495 y 29 RIAA, 125-134.

La resolución de los árbitros asentó dos principios fundamentales en el derecho ambiental internacional: uno de ellos, que “los Estados tienen el deber de prevenir el daño transfronterizo”, y dos, como consecuencia del primero, “el que contamina paga”, resultado ineludible de la ecuación de atribución del daño y responsabilidad. Es por ello, y con toda razón, que Günther Handl tilda al *Trail Smelter* como el *locus classicus*.⁴⁰

Pues bien, del primero de los principios señalados, el párrafo que lo contiene y que es por mucho el más citado del laudo, es el siguiente:

Con arreglo a los principios de derecho internacional, así como el derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar su territorio, o permitir el uso del mismo, en forma tal que se causen daños derivados de las emisiones en o hacia el territorio de otro Estado o las propiedades o personas ubicadas en él, cuando se produzca una consecuencia seria y que el daño se haya establecido con una evidencia clara y convincente.⁴¹

Esta afirmación, que no es otra cosa más que la traslación al derecho internacional de la máxima de derecho romano *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utiliza lo tuyo sin perjudicar a lo del otro), sería confirmada por la jurisprudencia internacional en el *caso del Canal de Corfú*, que si bien no se trata de un litigio ambiental, destaca porque en él la CIJ advirtió que existía un principio general bien reconocido sobre la obligación de los Estados de no permitir el uso de su territorio para actos contrarios a los derechos de otras naciones.⁴² No resulta extraño, por tanto, que un experto en materia ambiental internacional como Phillippe Sands entrelace los casos de *Trail Smelter*, *Canal de Corfú* y *Lac Lanoux* —que reseñaremos más adelante— como bases para el desarrollo del principio de buena vecindad, toral para el derecho ambiental internacional.⁴³

⁴⁰ Handl, Günther, “Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution”, *American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 1, 1975, pp. 50-76.

⁴¹ “Under principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”.

⁴² ICJ, *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment of April 9th*, 1949, p. 22.

⁴³ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2012, p. 197.

Pues bien, la enunciación del laudo arbitral y su evolución daría pie a que la comunidad internacional desarrollara normas relativas a la responsabilidad por daños transfronterizos, como puede observarse en el Principio 21⁴⁴ de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo) de 1972 y que se tornaría en el Principio 2 de la Declaración de Río:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Debe destacarse que, a diferencia del laudo de la *Trail Smelter Arbitration*, el principio transcrito no requiere el estándar formulado en el arbitraje de una “evidencia clara y convincente” del daño, ni tampoco que éste sea calificado como una “consecuencia seria”. Que el tribunal haya formulado estas exigencias pareciera haber sido orientado a evitar reclamaciones futuras a sabiendas que las vecindades producen inconveniencias naturales entre los Estados colindantes y, por otro lado, a que la prohibición del daño tendría dos caras: por un lado protegería a los granjeros estadounidenses y, por el otro, afectaría la producción de la fundidora con las consecuentes afectaciones económicas y sociales para ambos bandos.⁴⁵

Retomemos el hilo, debe señalarse que el principio al que aludimos fue referenciado por la CIJ, sin las señaladas exigencias, tanto en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso de Armas Nucleares como en el *caso Gabčíkovo-Nagymaros*, en los que apuntó el tribunal:

⁴⁴ Literalmente señala el principio aludido: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

⁴⁵ McCaffrey, Stephen C., “Of Paradoxes, Precedents, and Progeny: The Trail Smelter Arbitration 65 Years Later”, en Bratspies, Rebecca M. y Miller, Russel (eds.), *Transboundary Harm in International Law Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, pp. 37-40.

La existencia de una obligación general de los Estados de asegurarse que las actividades que se realizan bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de las áreas más allá de los límites de control nacional forma parte ahora del *corpus* del derecho internacional relacionado con el medio ambiente.⁴⁶

Además de haber refrendado la CIJ este punto en *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua vs. Costa Rica)*,⁴⁷ en otro ámbito su esencia se ha propagado en el articulado de otros instrumentos internacionales de la mayor relevancia. Entre ellos, el artículo 31 de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, el Principio 1(a) de la Declaración de Principios Relativos a los Bosques, la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (preámbulo) y la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (preámbulo).

En la Convemar el artículo 193 también se inspira en esta idea, siguiendo este lenguaje: “Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino”, aunque puede argumentarse que el medio ambiente y el medio marino tendrían alcances más globales.

Lo mismo puede señalarse del preámbulo propuesto por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) dentro del tópico Prevención de daños transfronterizos causados por actividades riesgosas, cuyo numeral tercero, bajo el simple título de *prevención*, señala: “El Estado de origen deberá tomar todas las medidas necesarias para prevenir un daño transfronterizo significativo y, en cualquier caso, minimizar el riesgo a ello”.⁴⁸ Léase que la CDI añade “significativo” a la enunciación llana que se había encontrado en otros instrumentos.

⁴⁶ “The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”. Cfr. *Nuclear Weapons*, 1996, I. C. J. 226, at 241-42, para. 29 (July 1996). 48 *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hun. /Slov.)*, 1997, I. C. J. 7, at 41, para. 53 (Sept. 25).

⁴⁷ *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, I. C. J., para 118, Judgment of 16 December 2015.

⁴⁸ “The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2004, vol. III, segunda parte, capítulo VII, pp. 67-98.

La misma influencia de la esencia del laudo puede observarse en la formulación del artículo 7o. de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación,⁴⁹ basado en el trabajo de la CDI en el mismo tema: “Los Estados en el curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua”. En este punto debemos hacer notar que, a diferencia de los otros instrumentos señalados, esta convención añade a la fórmula un ingrediente: los daños deben de ser “sensibles”, cuestión que resulta subjetiva y que podría elevar el estándar en cuanto a la valoración de los daños.

El número de documentos inspirados en el fallo arbitral podría incrementarse, algunos de ellos de gran importancia para el derecho ambiental internacional, como el Reporte de la Brundtland Commission. Del acopio de la multitud de instrumentos que se inspiran en el fallo de la *Trail Smelter Arbitration* puede concluirse que el principio de usar el territorio sin causar daños ambientales a otros Estados ya es un principio consagrado en el derecho internacional.

Por lo que toca al segundo de estos principios, “el que contamina paga”, el tribunal tuvo la primicia de aplicar esta fórmula en la esfera internacional.⁵⁰ De una manera simplista, podría resumirse que el tribunal arbitral trasladó el principio en el caso sometido en dos puntos: *i*) la obligación del pago monetario, y *ii*) la previsión de mecanismos para evitar la emisión de químicos dañinos de la fundidora. Irónicamente, en su tiempo el fallo fue apreciado como un triunfo de la fundidora;⁵¹ la teoría de los daños “invisibles”, orientados a la tierra y que había avanzado la parte estadounidense, fue desechada. Recordemos que el estándar fijado era alto tanto en la parte procesal, que requería una “evidencia clara y convincente” del daño, como en la parte sustantiva, que apunta a que la actividad debía producir una “consecuencia seria”.

⁴⁹ A/RES/51/229, adoptada el 21 de mayo de 1997.

⁵⁰ Ellis, Jaye, “Has International Law Outgrown Trail Smelter?”, en Bratspies, Rebecca y Miller, Russell (eds.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, p. 133.

⁵¹ Los granjeros estadounidenses sólo pudieron incrementar \$78,000 USD a los \$350,000 originalmente concedidos por la Comisión Internacional Conjunta.

El estudioso del derecho ambiental internacional reconocerá que es incipiente la configuración del principio de “el que contamina paga” en este litigio. Bien es cierto, como apunta Alonso Gómez Robledo, que el arbitraje no establece un régimen de responsabilidad objetiva, cuestión que no fue sometida al Tribunal por haber sido aceptada tácitamente por Canadá al someterse al arbitraje.⁵² A pesar de ello, después del arbitraje del *Trail Smelter* quedó impreso en los anales jurisprudenciales internacionales que una reclamación ambiental podría ser adjudicada y que habría responsabilidad en los casos de daños ecológicos transfronterizos.

V. ARBITRAJE DEL LAC LANOUX ENTRE FRANCIA Y ESPAÑA

1. *Antecedentes*

El lago de Lanós, *lac Lanoux* en francés y *estany de Lanós* en catalán, está ubicado en Francia, en la vertiente sur de los Pirineos. Este lago, nutrido por corrientes francesas, alimenta, a su vez, al río Carol que, después de recorrer 25 kilómetros en territorio francés, atraviesa la frontera española y discurre alrededor de seis kilómetros en el territorio de España, antes de unirse al río Segre para desembocar finalmente en el río Ebro.

Puede, en muy resumidas cuentas, señalarse que la controversia del lago Lanoux surgió ante la pretensión española de imponer a Francia la obligación de llegar a un acuerdo antes de explotar las capacidades eléctricas del flujo de la corriente producida por el Lanoux. El aprovechamiento de las aguas del Lanoux fue objeto de consultas entre ambos gobiernos entre 1917 y 1956. En 1952, la Electricité de France presentó un proyecto de desviación de las aguas del lago Lanoux hacia el río Ariège para la producción de energía eléctrica y la plena restitución del flujo a través una galería subterránea hacia el Carol. Además del mecanismo de compensación, Francia había ofrecido garantías de orden técnico, entre ellas la creación de una comisión mixta. A pesar de ello, España temía

⁵² Gómez-Robledo Verdusco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 36.

que se lesionaran sus derechos y que la obra sería contraria al tratado de límites firmado en Bayona el 26 de mayo de 1866 y al acta adicional de la misma fecha entre Francia y España.

Dicho sea de paso, la actitud francesa dista mucho de la funesta Doctrina Harmon, la cual sostenía que aquel país podía hacer lo que quisiera con los cursos de agua en su territorio sin importar el daño que causara a los Estados vecinos, postura sustentada en 1895 por el procurador general Harmon de EUA al ser consultado sobre los perjuicios sufridos por agricultores mexicanos después de haberse desviado el curso del río Bravo para favorecer la irrigación del lado estadounidense. No cabe duda que la buena vecindad tiene una doble cara, al revertirse la propia doctrina después de haberla padecido ante Canadá por el uso del río Columbia.⁵³

Regresando al arbitraje, España argumentó que el tratado y acta mencionados disponían que las obras no podían emprenderse sin un acuerdo previo entre ambos países, mientras que Francia opinaba que actuaba legalmente sin tal acuerdo, y que el tribunal arbitral tendría que decidir de acuerdo al compromiso arbitral⁵⁴ firmado por ambos países el 19 de noviembre de 1956.⁵⁵

2. Actuación del tribunal

El 6 de noviembre de 1957 el tribunal arbitral resolvió a favor de Francia por mayoría de cuatro de sus cinco miembros,⁵⁶ señalando que los

⁵³ Para un estudio a fondo de esa doctrina véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “La doctrina Harmon, el Tratado de Aguas de 1944 y algunos problemas derivados de su aplicación”, *Foro Internacional*, vol. 6, núm. 1 (21), 1965, pp. 12-49.

⁵⁴ Así lo prevendría el artículo 1o.: “Le Tribunal sera prié de répondre à la question suivante: Le Gouvernement français est-il fondé à soutenir qu’en exécutant, sans un accord préalable entre les deux Gouvernements, des travaux d’utilisation des eaux du lac Lanoux dans les conditions prévues au projet et aux propositions français visés au préambule du présent compromis, il ne commettrait pas une infraction aux dispositions du Traité de Bayonne du 26 mai 1866 et de l’Acte additionnel de la même date?”.

⁵⁵ Desde el 10 de julio de 1929 ambos países habían firmado una convención mediante la cual quedarían obligadas al arbitraje.

⁵⁶ De los dos árbitros a los que tuvo derecho a seleccionar España, solamente uno de ellos tuvo una opinión disidente.

trabajos emprendidos eran compatibles con el Tratado de Bayona y el acta adicional.⁵⁷

El laudo arbitral tenía como limitación la aplicación del derecho conforme los dos instrumentos convencionales.⁵⁸ Sobre este punto, el propio laudo recordó que la Corte Permanente de Justicia Internacional así había limitado su propia competencia en un caso similar en una disputa por el uso entre Bélgica y los Países Bajos por el río Meuse, en el que encontró que ninguno de esos países había violado sus obligaciones derivadas del tratado bilateral que regulaba el aprovechamiento de ese río por la construcción de canales, esclusas y represas. Ello no obstó para que el tribunal apreciara sus conclusiones conforme al derecho internacional aplicable al caso para ayudar a la interpretación. Debe señalarse que la decisión reafirmó, desde el primer punto, el principio de soberanía territorial;⁵⁹ es decir, que cada Estado ejerce pleno y exclusivo imperio sobre su territorio con las limitaciones impuestas por el derecho internacional.⁶⁰ Asimismo, el laudo en el *Affaire du Lac Lanoux* ratificó que la buena fe se presume,⁶¹ lo que conlleva que la carga de la prueba recaiga en aquel que la reclama.

El tribunal ahondó en el primer punto, señalando que las restricciones a la soberanía deben de ser evidentes. Particularmente, el tribunal razonó que admitir la necesidad de un acuerdo previo sería “admitir un «derecho de veto» que paralizaría, a discreción de un Estado, el ejercicio de la competencia territorial de otro Estado” (punto 11).

Debe tenerse cuidado en el contexto, el tribunal había observado que la actuación de Francia no provocaba perjuicios en el lado español. Por otro

⁵⁷ *Affaire du lac Lanoux* (Espagne, France), *Recueil des Sentences Arbitral*, 16 November 1957, vol. XII, pp. 281-317, reproducido también en *Revue générale de droit international public*, t. LXII, 1958, p. 79.

⁵⁸ *Diversion of Water from the Meuse*, Judgment of 28 June 1937, PCIJ (1937), Ser. A/B, núm. 70, p. 450.

⁵⁹ El tribunal ya tenía el precedente judicial sobre el ejercicio de la soberanía asentado por la CPJI en *el Lotus Case*.

⁶⁰ Desde el primer punto el laudo señala: “La soberanía territorial surte el efecto de una presunción. Debe ceder ante todas las obligaciones internacionales, sea cual fuere el origen de éstas, pero no cede sino ante éstas”.

⁶¹ El punto 8 del laudo afirma: “hay un principio general de derecho bien establecido según el cual la mala fe no se presume”, cuestión que ya tenía un antecedente judicial en la Corte Permanente de Justicia Internacional, véase *Case concerning certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland) (Merits)*, 1926, PCIJ Series A, no. 7, 25th May 1926, 30.

lado, la colocación temporal del arbitraje está ubicada en una época en la que el aprovechamiento de la naturaleza se veía como de servicio para el bien de todos y que el riesgo del uso abusivo no había conducido a que se tuviera que someter la detentación de los medios de acción a otros Estados.⁶² He aquí, por lo menos en la última parte, la concepción que hoy puede ser primitiva para nociones más modernas, como el desarrollo sustentable.

Queda algo lejana también la decisión del Tribunal a la aspiración actual de que los Estados lleven a cabo evaluación del impacto ambiental (Principio 17) y, en particular, al Principio 19 de la Declaración de Río, que señala:

Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.

Podría, bien es cierto, discutirse que la obligación de informar a los Estados es norma emergente que aparece cada vez más en la práctica de los propios Estados.⁶³ Sin embargo, también debe reconocerse que la propia CDI señaló que “El principio de la buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. La obligación de consultar y negociar sinceramente y de buena fe se reconoció en el laudo del *Affaire du Lac Lanoux*”.⁶⁴ Para llegar a esta conclusión la CDI retomó del texto del laudo: “Las consultas y negociaciones entre los dos Estados deben ser sinceras, deben cumplir las normas de la buena fe y no deben ser simples formalidades. Las normas de

⁶² Literalmente señala, en el punto 9: “El dominio creciente del hombre sobre las fuerzas y los secretos de la naturaleza, ha puesto en sus manos instrumentos de los cuales puede servirse, tanto para violar sus obligaciones, como para el bien común de todos; el riesgo de empleo abusivo no ha conducido, hasta el presente, a someter la detentación de estos medios de acción a la autorización de los Estados eventualmente amenazados”.

⁶³ El deber de informar se encuentra en el principio 19 de la Declaración de Río, así como en un buen número de instrumentos internacionales y práctica de los Estados. Véase Kiss, Alexander y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Leiden/Boston, Brill, 2007, pp. 100-102.

⁶⁴ “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”. Comisión de Derecho Internacional, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, part two, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (part 2), p. 171.

la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales”.

En efecto, el laudo señala que el Estado de aguas arriba tiene un derecho de iniciativa, aunque si durante el curso de las conversaciones el Estado de aguas abajo le somete proyectos debe examinarlos, reteniendo el derecho de preferir la solución adoptada por su proyecto (punto 23). Este razonamiento es el comienzo de una cautela de los intereses del Estado de aguas abajo, que con claridad expresó el Tribunal: “Hay que tener en cuenta, sea cual fuere su naturaleza, todos los intereses que podrían ser afectados por los trabajos emprendidos, incluso si no corresponden a un derecho”, y abundaría:

El Tribunal opina que el Estado de aguas arriba tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tomar en consideración los intereses en presencia, de buscar la forma de dar todas las satisfacciones compatibles con la consecución de sus propios intereses y de mostrar que tiene a este respecto un deseo real de conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios.

El Tribunal no tenía más que reconocer que el artículo 11 del acta adicional de 1866 establecía entre las partes un deber de notificación, así como la obligación del establecimiento de un régimen de reclamaciones y de salvaguarda de los intereses de las partes. Aparejada a la obligación de notificación, el Tribunal indicó que si no se ha efectuado el aviso, que al otro Estado ribereño le asiste el derecho a “exigir notificación de los trabajos o concesiones que constituyen el objeto de un proyecto” (punto 21). No obstante, también el Tribunal dejó claro que la notificación no crea la obligación de instituir un previo acuerdo para comenzar con las actividades (punto 16).⁶⁵

El tribunal reconoció la obligatoriedad y el contenido de las consultas, el texto detallaría que “habría obligación de aceptar de buena fe todas aquellas conversaciones y contactos susceptibles mediante una amplia confrontación de intereses y una recíproca buena voluntad, de colocarlos en las mejores condiciones para hacer posible la estipulación de tales acuerdos” (punto 13). Más adelante indicaría que para apreciar el modo

⁶⁵ En sus propios términos, el laudo señala en la parte conducente: “la obligación de la previa notificación no implica la otra, mucho más amplia, de obtener el acuerdo del Estado notificado”.

en que un proyecto toma en cuenta los intereses de las partes debe encontrarse en las negociaciones “el inventario de los intereses que han podido alegarse, el precio que cada una de las Partes está dispuesta a pagar para obtener su salvaguardia”.

En resumen, se desprende entonces que las consultas y negociaciones deben ser de buena fe, tomando en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Asimismo, se prevé la posibilidad de que, pese a todo, las partes no lleguen a un acuerdo, lo que no imposibilita que el Estado del proyecto continúe con su actividad. En ese supuesto, el que realiza el proyecto continúa obligado a tener en cuenta los intereses que pudieran afectarse de los otros Estados,⁶⁶ lo cual se desarrolló en el apartado anterior sobre el *caso Trail Smelter*, por lo que debe entenderse que en el supuesto de perjudicar al Estado de aguas abajo podría incurrir en responsabilidad.

Puede encontrarse en estos puntos un cierto paralelismo entre el caso de las papeleras sobre el río Uruguay de la CIJ.⁶⁷ En ambos casos se circunscribió a la aplicación de instrumentos bilaterales, se constató la existencia de las obligaciones de notificación, consultas y negociaciones, y la violación de este deber no implicó la suspensión de las actividades reclamadas.

VI. LA HERENCIA DE LOS PRIMEROS ARBITRAJES

Los primeros arbitrajes internacionales en materia ambiental sentaron principios fundamentales para el derecho ambiental internacional. Aunque el primero de ellos no haya tenido la resonancia de los subsecuentes arbitrajes en términos de citas posteriores en jurisprudencia, el *Fur Seals Arbitration* dejó en claro que un Estado puede ejercer medidas de control sobre sus propios recursos naturales en su territorio, y que, con el concurso de Estados involucrados, es posible alcanzar un acuerdo para la conservación de especies a través de instrumentos internacionales.

⁶⁶ Eso fue tomado en cuenta por la CDI para la elaboración del tercer párrafo del artículo 9o., “Consultas sobre las medidas preventivas”, del texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

⁶⁷ ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay*, Judgment on the Merits, ICGJ 425 (ICJ 2010), 20th April 2010.

Ahora bien, el recurso al derecho natural, como lo empleó Carter, parece tener eco en la jurisprudencia internacional y en la doctrina a cargo del juez Cançado Trindade, lo cual resulta interesante ante los huecos y la falta de compromisos sólidos en algunas materias importantes de derecho ambiental. Este recurso no es desdeñable, tomando en cuenta que los avances del deterioro a nuestro entorno son más acelerados que la respuesta de los Estados.

Por otro lado, la decisión en el *Trail Smelter Arbitration* es precursora de los principios de prevención de daño y “el que contamina paga”, conceptualizaciones que han evolucionado y se han extendido en el derecho ambiental internacional. Por su parte, el laudo en el *Affaire du Lac Lanoux* es un antecedente importante para las obligaciones de notificaciones previas, consultas y negociación. Puede enlazarse entre estos dos arbitrajes, como lo hace el profesor Aaron Schwabach, que el *Affaire du Lac Lanoux* “añadió un elemento de balance: los Estados tienen derecho a aprovechar sus recursos dentro de sus fronteras libre de toda interferencia exterior siempre y cuando que ese aprovechamiento no produzca un daño fuera de sus límites fronterizos”.⁶⁸

Mucho es el camino recorrido del principio de “el que contamina paga” desde su concreción en el *Trail Smelter Arbitration* hasta nuestros días. Es, sin embargo, un antecedente para la definición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁶⁹ y la enunciación del Principio 16 de la Declaración de Río⁷⁰ en cuanto a la atribución del de-

⁶⁸ “[T]he Lac Lanoux decision added a balancing element: States had a right to develop resources within their own borders free from outside interference, so long as that development resulted in no harm beyond the state’s borders”. Cfr. Schwabach, Aaron, *International Environmental Disputes: A Reference Handbook*, California, ABC-CLIO, 2011.

⁶⁹ OCDE, *Recommendation of the Council on Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, 26 de mayo de 1972, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0102>.

⁷⁰ Literalmente señala: “PRINCIPIO 16. Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Para el caso de México, en el sentido directo de atribución de la responsabilidad y la consecuente reparación, el avance es claro con la introducción de las acciones colectivas en materia ambiental conforme a la Ley de Responsabilidad Ambiental que entró en vigor en 2013. En el caso europeo, se resume en la

ber de reparación del contaminador una vez producido el daño ambiental. Debe señalarse que el principio de “el que contamina paga” tiene mayores connotaciones y puede explicar la deuda ecológica histórica de los países del norte a los países del sur que aborda el Protocolo de Kioto, cuestión que va más allá de este estudio.

En otro punto, no debe dejarse de lado la contribución de las decisiones en el *Trail Smelter Arbitration* y el *Affaire du Lac Lanoux* para el régimen de la responsabilidad internacional por daños transfronterizos, lo que ha sido reconocido por la CDI en el estudio sobre la “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”.

Asimismo, el régimen de recursos hídricos internacionales ha alcanzado una evolución importante en la concepción de normas, aunque se ha batallado enormemente para que el instrumento que lo regula tenga alcances amplios. El 17 de agosto del 2014 entró en vigor la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación,⁷¹ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1997, la cual sólo ha sido firmada por Venezuela y Paraguay en el ámbito latinoamericano. Cabe señalar que dicho instrumento recoge el principio de prevención de daños ambientales recogido en el *Trail Smelter Arbitration* y que también puede desprenderse del arbitraje sobre el *Affaire du Lac Lanoux*. Literalmente, el artículo 7o. del citado instrumento señala:

1. Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5o. y 6o. y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización.

Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

⁷¹ Al 6 de marzo de 2020, solamente 36 Estados son parte.

Es de esta manera como los tres arbitrajes reseñados iniciaron con la cimentación de los primeros principios en materia ambiental, abriendo el camino a la formulación de nuevos principios que dan forma a la evolución del derecho ambiental internacional, materia en la que falta un largo trecho que recorrer para alcanzar la aspiración de “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones del futuro para atender sus propias necesidades”, como fue definido el desarrollo sostenible en la Cumbre de Johannesburgo (2002). No cabe duda que la jurisprudencia internacional es una puerta para la consolidación de los principios en materia ambiental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Monografías

- AQUINO, Tomás, *Suma de Teología, parte II-II (a)*, trad. de Lorenzo Jiménez Patón, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, edición bilingüe en 16 tomos.
- BIRNIE, Patricia *et. al.*, *International Law and the Environment*, 3a. ed., Hampshire, Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
- BRATSPIES, Rebecca y MILLER, Russell (eds.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge University Press, 2006.
- BROWN WEISS, Edith, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokio, United Nations University Press, 1989.
- FERRER ORTEGA, Luis Gabriel, *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3635-los-derechos-de-las-futuras-generaciones-desde-la-perspectiva-del-derecho-internacional-el-principio-de-equidad-intergeneracional>.

- FITZMAURICE, Malgosia, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- KISS, Alexander, “Problèmes juridiques de la pollution de l’air”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, 1973.
- KISS, Alexander y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Leiden/Boston, Brill, 2007.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Londres, A. Millar et al., 1764, disponible en: <https://oll.libertyfund.org/titles/locke-the-two-treatises-of-civil-government-hollis-ed>.
- LOUKA, Elli, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge University Press, 2006.
- LYSTER, Simon, *International Wildlife Law: An Analysis of International Treaties Concerned with the Conservation of Wildlife*, Cambridge University Press, 1985.
- NANDA, Ved P., *International Environmental Law & Policy for the 21st Century*, 2a. ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- NEWTON E., David, *Environmental Justice: A Reference Handbook*, 2a. ed., California, ABC-CLIO, LLC, 2009.
- OLDER, Owen S., *Conservación de recursos naturales*, 2a. ed., trad. de Ambrosio González Cortés, México, Pax, 2000.
- PUFFENDORF, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, Londres, J. Walthoe et al., 1729, disponible en: https://openlibrary.org/books/OL6563001M/Of_the_law_of_nature_and_nations.
- SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2012.
- SCHWABACH, Aaron, *International Environmental Disputes: A Reference Handbook*, California, ABC-CLIO, 2011.
- STEPHENS, Tim, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2009.
- TREMMELE, Jörg, *A Theory of Intergenerational Justice*, Londres, Earthscan, 2009.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment, International Decisions*, Nairobi, United Nations Environment Programme, 1998.

Artículos

- BENADAVA, Santiago, “Las cuestiones de interés general en el caso del lago Lanoux”, *Revista de Derecho Público*, núm. 5/6, 1966.
- BROWN, J. Stanley, “Fur Seals and the Bering Sea Arbitration”, *Journal of the American Geographical Society of New York*, vol. 26, núm. 1, 1894.
- BROWN WEISS, Edith, “The Evolution of International Environmental Law”, *54 Japanese Y. B. Intl. L.*
- CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección y preservación de cursos de agua internacionales: el Convenio sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 21 de mayo de 1997”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “La doctrina Harmon, el Tratado de Aguas de 1944 y algunos problemas derivados de su aplicación”, *Foro Internacional*, vol. 6, núm. 1 (21), 1965.
- DECLEVA, M., “Sentenza arbitrale del 16-IX-1957 nell’affare dell’utilizzazione delle acque del lago Lanoux”, *Diritto Internazionale*, vol. XIII.
- DULÉRY, F., “L’Affaire du lac Lanoux”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXII, 1958.
- FERRER ORTEGA, Luis Gabriel y FERRER ORTEGA, Jesús Guillermo, “El problema de la fundamentación filosófica de los derechos de las generaciones futuras”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VIII, 2008.
- GERVAIS, André, “La sentence arbitrale du 16 novembre 1957 réglant le litige franco-espagnol relatif à l’utilisation des eaux du Lac Lanoux”, *Annuaire Français de Droit International*, 1957.
- HANDL, Günther, “Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution”, *American Journal of International Law*, vol. 69, núm. 1, 1975.
- JENNINGS, (Sir) Robert Y., “Judicial Reasoning at an International Court”, en RESS, G. (ed.), *Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken*, núm. 236, 1991.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, “Normas jurídicas internacionales que regulan el aprovechamiento hidráulico”, *Inter-Am. L. Rev.*, 2, 1960.
- LAYLIN, John G. y BIANCHI, Rinaldo L., “The Role of Adjudication in International River Disputes: The Lake Lanoux Case”, *The American Journal of International Law*, 53.1, 1959.
- MESTRE, A., “Quelques remarques sur l’Affaire du lac Lanoux”, *Mélanges Offerts à Jacques Maury*, París, Dalloz, 1960.

***Birthright citizenship: reflexiones en torno
a familias, menores y la nacionalidad
por derecho de nacimiento
en los Estados Unidos de América***

***Birthright Citizenship: Insights about Families,
Minors and Birthright Nationality
in the United States of America***

***Birthright citizenship: réflexions sur les familles,
les mineurs et la nationalité par naissance
aux Etats-Unis d'Amérique***

Nuria **González Martín***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Birthright citizenship en los Estados Unidos: ius soli*. III. *Minoridad en estado de vulnerabilidad*. IV. *Conclusiones*.
V. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5139-0772>, nuria.gonzalez68@gmail.com.

Artículo recibido el 1o. de abril de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 625-664
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El presente artículo trata sobre la nacionalidad por derecho de nacimiento en los Estados Unidos de América y expone cómo esta nación es uno de los 34 países que otorgan la nacionalidad por *ius soli*; es decir, por el hecho de haber nacido en territorio nacional, tal y como se deriva de la Decimocuarta Enmienda constitucional norteamericana, y en este caso, una adquisición de la nacionalidad sin restricciones a pesar de que la tendencia actual es hacia la imposición de condiciones para adquirir la nacionalidad mediante *ius soli*. Un ejemplo de esta tendencia, plasmada en iniciativas de leyes, la encontramos en la política más reciente estadounidense, a través de la Birthright Citizenship Act (H. R. 140), de 2019. Esta iniciativa de ley de ciudadanía por derecho de nacimiento, negaría la ciudadanía a los niños nacidos en los Estados Unidos, a menos que uno de los padres del niño sea ciudadano, residente legal permanente o residente legal que preste servicio militar en los Estados Unidos. Dicha ley violaría el texto de la mencionada decimocuarta enmienda constitucional, así como leyes secundarias. Como parte de la casuística expuesta, en el mismo tenor, en el artículo se analiza el fenómeno de los bebés anclas y el caso de las familias separadas en la frontera México-Estados Unidos bajo la denominada doctrina de “tolerancia cero”, por la cual todo inmigrante indocumentado se considera un delincuente y se le procesa judicialmente como tal, aunque no tenga antecedentes penales; “motivo” por el cual los niños no pueden seguir junto a sus padres y son separados, con un resultado para los padres que suele ser la deportación. La práctica de separar a los menores de sus familiares no respondió nunca a ninguna ley, y de ahí la orden ejecutiva del 20 de junio de 2018 que paralizó tal medida.

Palabras clave: nacionalidad por derecho de nacimiento, *ius soli*, *ius sanguinis*, tolerancia cero, menores migrantes no acompañados, familias separadas, México, Estados Unidos de América.

ABSTRACT: This paper deals with birthright citizenship in the United States of America and explains how this nation is one of the 34 countries that grant nationality by *Ius Soli*, that is, by the fact of being born in national territory, as derived from the fourteenth American constitutional amendment, and in this case, an unrestricted acquisition of nationality, although it should be noted that the current trend is towards the imposition of conditions to acquire nationality through *Ius Soli*. An example of this trend, reflected in legislative initiatives, can be found in the most recent US policy, through the 2019 Birthright Citizenship Act (HR140). This birthright citizenship law initiative would deny the citizenship to children born in the United States unless the child’s parent is a citizen of the United States or is a lawful permanent resident or legal resident serving in the United States. This law would violate the text of the aforementioned fourteenth constitutional amendment, as well as secondary laws. By the same token, as part of the casuistry presented, there is the phenomenon of anchor babies and the case of separated families at the United States-Mexico border which are analyzed under the so-called “zero tolerance” doctrine by which all undocumented immigrants are considered as criminals and prosecuted as such, even if there is no criminal record, and for this “reason” children cannot remain with their parents and are separated. The end result for the parents is usually deportation. The reality is that this practice of separating minors from their relatives never responded to any law and hence the executive order of June 20, 2018 that paralyzed such measure.

Key words: birthright citizenship, *ius soli*, *ius sanguinis*, zero tolerance, unaccompanied minors, separated families, Mexico, United State of America.

RÉSUMÉ: Cette contribution traite la nationalité par droit de naissance aux États-Unis d'Amérique et explique comment cette nation est l'un des 34 pays qui accordent la nationalité à *Ius Soli*, c'est-à-dire par le fait d'être né sur le territoire national, come dérivé du quatorzième amendement constitutionnel américain, et dans ce cas, une acquisition sans restriction de la nationalité, même s'il convient de noter que la tendance actuelle est à l'imposition de conditions pour acquérir la nationalité par le biais de *Ius Soli*. Un exemple de cette tendance, reflétée dans les initiatives législatives, peut être trouvé dans la politique américaine la plus récente, à travers la loi Birthright Citizenship Act 2019 (HR140). Cette initiative de loi sur la citoyenneté du droit de naissance refuserait la citoyenneté aux enfants nés aux États-Unis à moins que le parent de l'enfant ne soit citoyen américain ou résident permanent légal ou résident légal servant aux États-Unis. Cette loi violerait le texte de la quatorzième modification constitutionnelle susmentionnée, ainsi que les lois secondaires. Dans le cadre de la casuistique présentée, dans la même veine, le phénomène des bébés ancrés et le cas des familles séparées à la frontière américano-mexicaine sont analysés sous la doctrine dite de la «tolérance zéro» selon laquelle tous les immigrants sans papiers sont eux-même des criminels et sont poursuivis en tant que tel, même s'ils n'ont pas de casier judiciaire, et pour cette «raison», les enfants ne peuvent pas rester avec leurs parents et sont séparés, ce qui résulte à la déportation des parents. La réalité est que cette pratique de séparation des mineurs de leurs proches n'a jamais répondu à aucune loi et donc au décret du 20 juin 2018 qui a paralysé une telle mesure.

Mots-clés: citoyenneté de naissance, *ius soli*, *ius sanguinis*, tolérance zéro, mineurs non accompagnés, familles séparées, Mexique, États-Unis d'Amérique.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado (DIPr) actual presenta una nueva terminología globalizadora familiar internacional, transfronteriza, transnacional y migratoria.

Hablamos de una familia que no puede ser entendida sólo dentro de una frontera nacional, en donde se visualizan diferentes tipos de familias o modelos familiares y en donde la globalización les afecta de manera contundente.¹ Entre estas categorías tenemos:

- *Familia internacional*, es decir, aquella en la que cada cónyuge, compañero/a, puede nacer y crecer en diferentes Estados o naciones.
- *Familias transfronterizas*, aquellas que se mueven, en conjunto o en parte, a otro Estado o nación.
- *Familias transnacionales*, como puede ser aquella producto de la reproducción asistida, creadas por los gametos o los servicios de embarazo en el extranjero.
- *Familias productos de la migración*, en las que uno o más miembros de la familia son atendidos por un trabajador migrante remunerado, aunque el término es más extenso porque las migraciones toman formas y categorías muy diversas. Entonces, traigamos a colación la familia migrante que busca, simple y llanamente, mejores condiciones de vida, la familia refugiada o la que busca asilo —accidental, estrategia temporal o forzada—.² Éstas últimas especialmente castigadas en

¹ El derecho de familia internacional y transnacional ha sido un campo de estudio en desarrollo y un área creciente de práctica legal en los últimos años. Para ver toda esta temática crucial, recomendamos la lectura de Douglas, G. *et al.* (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018; Gaudement-Tallon, H., “*Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille*”, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon/Un engagement au service du Droit international privé. Mélanges en l’honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2013, pp. 181-194, entre otros.

² González Martín, Nuria, “Globalización familiar: nuevas estructuras para su estudio”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019, t. I, pp. 649-678.

fronteras como la de México y Estados Unidos, y en las que hacemos especial hincapié en esta contribución.

Por supuesto, la numeración arriba anotada no se acota con esas cuatro categorías generales, basta con dar un vistazo a nuestro alrededor y percatarse, casi de inmediato, de que un elemento de extranjería está siempre presente, y de ahí una diferente interpretación, desde el DIPr, de lo que representa el concepto de *familia* y, por ende, los diferentes modelos familiares.³

Como podemos ver, actualmente es importante visualizar la interrelación indiscutible entre la globalización, las fronteras, las familias y la ley. Para ello, es imprescindible considerar, asimismo, el papel de las leyes internacionales, multinacionales y religiosas en la configuración de las vidas de millones de familias que se ven afectadas tanto por las oportunidades como por los desafíos creados por la globalización y la continua resistencia de las fronteras nacionales y culturales.⁴

En esa misma tónica, el derecho a la nacionalidad del país dónde se nació, es decir, el denominado *ius soli*, se torna en una suerte vigente que protege al individuo *per se*, pero en donde las restricciones van en incremento.

Con este prolegómeno, donde la variedad y movilidad familiar se hacen patentes, queremos dar entrada al tema que traemos a colación en esta ocasión: el de la nacionalidad por derecho de nacimiento en los Estados Unidos de América, y así visualizar perspectivas y consideraciones actuales. Para ello, el lector tendrá la oportunidad de leer el panorama jurídico que sustenta dicho derecho de nacionalidad en los Estados Unidos, y en referencia, aunque sea tangencial, el estatus actual de la comunidad internacional al asumir *ius soli* o *ius sanguinis* para la determinación de la nacionalidad (II).

³ Muir Watt, Horatia, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit international privé)”, en Calvo Caravaca, A. e Iriarte, Ángel, J. (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 11-22; Guzmán Zapater, Mónica y Esplugues Mota, Carlos (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; González Vicente, P., “Cuestiones internacionales en derecho de familia”, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. La voz del derecho de familia*, Madrid, AEAFA, 2017, pp. 109-117.

⁴ Hacker, D., *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Cambridge University Press, 2017, pp. *passim*. Un libro de referencia imprescindible cuando visualizamos una clasificación absolutamente abierta de la familia en un mundo globalizado como el actual y basado en un estudio multidisciplinar. Lowe, N. y Douglas, G., *Families across Frontiers*, La Haya, Martinus Nijhoff, L, 1996.

Posteriormente, destacamos el fenómeno más actual en torno a la minoridad, siempre vulnerable, y en esta ocasión referida a los denominados bebés anclas, así como a menores separados de sus familias (III), finalizando con unas no tan breves reflexiones y/o conclusiones, en donde incluimos un repaso somerísimo por todas las medidas que se han ido pergeñando en los últimos meses en el contexto migratorio México-Estados Unidos y en donde el covid-19 no pasa desapercibido (IV).

II. BIRTHRIGHT CITIZENSHIP EN LOS ESTADOS UNIDOS: *IUS SOLI*⁵

En la actualidad, 94 países —aproximadamente la mitad de los Estados reconocidos internacionalmente— consideran la adquisición de la nacionalidad mediante el *ius soli*; es decir, por el hecho de haber nacido en territorio nacional.⁶ De ellos, 34 países la otorgan sin condiciones (28 en el continente americano y seis en el resto del mundo),⁷ pero cabe señalar que la tendencia actual es hacia la imposición de condiciones para adquirir la nacionalidad mediante *ius soli*. Un ejemplo de esta tendencia, plasmada en iniciativas de leyes, la encontramos en la política más reciente norteamericana, como veremos más adelante.

En el sistema estadounidense se distingue entre nacionalidad y ciudadanía, si bien tanto los nacionales por nacimiento como los naturalizados tienen la ciudadanía estadounidense. Así, se prevé, en el propio texto de la Decimo-cuarto Enmienda constitucional, artículo 1o., que se considera nacionales y

⁵ Véase González Martín, Nuria, “Derecho de nacionalidad en los Estados Unidos de América”, en Lara, María Ángeles (coord.), *Normativas de nacionalidad en derecho comparado*, Granada, Tirant lo Blanch, 2020.

⁶ Birthright Citizenship Around the World, Law Library of Congress, noviembre de 2018, disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/birthright-citizenship/global.php>.

⁷ Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Fiji, Grenada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Lesotho, México, Nicaragua, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent y the Grenadines, Sao Tomé e Príncipe, Tanzania, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/birthright-citizenship/global.php>.

ciudadanos a los nacidos y a los naturalizados en Estados Unidos sujetos a su jurisdicción. De conformidad con la § 101(a) (22) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad (INA), el término “nacional de los Estados Unidos” significa: a) un ciudadano de los Estados Unidos, o b) una persona que, aunque no es ciudadano de los Estados Unidos, debe lealtad permanente al país.

Esto significa que existe una equiparación entre ciudadanos y nacionales de Estados Unidos, pues los ciudadanos son nacionales, aunque no todos los nacionales son ciudadanos estadounidenses.

Hasta la fecha, en los Estados Unidos la ciudadanía puede obtenerse a través del mencionado *ius soli* sin restricciones, o a través de los padres, por naturalización, por matrimonio y por servicios o méritos.⁸ Cuando la ciudadanía es atribuida en virtud de los padres, ésta se puede obtener al nacer o después de haber nacido, pero antes de cumplir los 18 años de edad, mientras que la naturalización es el proceso por el cual se otorga la ciudadanía estadounidense a un ciudadano extranjero después de que éste haya cumplido con los requisitos establecidos por el Congreso de los Estados Unidos en la INA.⁹

En este sentido, tenemos que se puede llegar a ser ciudadano estadounidense por nacimiento por dos vías: a) por haber nacido en territorio estadounidense o en ciertos territorios y posesiones periféricas, estando sujeto a la jurisdicción estadounidense, o b) por tener progenitor o progenitores ciudadanos estadounidenses en el momento del nacimiento del interesado ocurrido fuera de Estados Unidos, cumpliendo ciertos requisitos.

Por haber nacido en territorio estadounidense: ius soli

La nacionalidad estadounidense por nacimiento está regulada en el título 8o. del USC, subcapítulo III, parte I, en la § 1401(a), relativa a los nacionales y ciudadanos de Estados Unidos por nacimiento: 8 USC 1401 *Nationals and Citizens of United States at Birth*, o lo que es lo mismo, en la § 301(a) INA. Esta sección dispone que serán nacionales y ciudadanos de Estados Unidos las personas nacidas en Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción. Esta regla, basada en el *ius soli*, es compatible, como mencionamos, con el artículo

⁸ Disponible en: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title8-section1401&num=0&edition=prelim>.

⁹ Immigration and Nationality Act, promulgada el 27 de junio 1952, una norma que contiene importantes disposiciones que regulan la inmigración y la ciudadanía.

1o. de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que establece que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residan.

El nacimiento en Estados Unidos incluye también los territorios de la Commonwealth de Puerto Rico, los territorios de Guam, las islas Vírgenes estadounidenses y, después del 4 de noviembre de 1986, la Commonwealth de las islas Mariana del Norte.

El nacimiento en Estados Unidos conlleva la atribución automática de la ciudadanía estadounidense por *ius soli* conforme a la § 301(a) INA, salvo en caso de hijos de diplomáticos extranjeros, porque no están sujetos a la jurisdicción de Estados Unidos, si bien la exclusión no está totalmente clara.¹⁰

No se requiere que los progenitores del menor tengan residencia legal en Estados Unidos, por lo que cabe asumir que los menores nacidos dentro de las fronteras estadounidenses y de progenitores extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio, también adquieren por esta vía la ciudadanía estadounidense.

Igualmente, la 8 USC 1401(b) [§ 301(b) INA] prevé una regla especial basada en el *ius soli* para los indios nativos americanos, que venían teniendo un estatus especial porque no se consideraban ciudadanos, aunque abandonaran su tribu y se establecieran en territorio americano; sin embargo, a partir de 1924 se les garantizó también la ciudadanía estadounidense a través de la Indian Citizenship Act.¹¹ De este modo, también se considerará nacional y ciudadano de Estados Unidos una persona nacida en Estados Unidos y miembro de una tribu india, esquimal, aleutiana o de otra tribu aborígen, siempre que se garantice que esta ciudadanía no afecta de ninguna manera el derecho de dicha persona a la propiedad tribal o a otra propiedad.

El condicionamiento de la transmisión de la nacionalidad estadounidense sobre estas bases se fundamenta en la convicción de que los nativos americanos debían lealtad directa a sus tribus, por lo que sólo debían adquirir la nacionalidad estadounidense si con ello no se veía afectada esta lealtad, quedando abierta la vía para su naturalización. El Congreso extendió la

¹⁰ Spiro, P. J., *Report on Citizenship Law: United States of America*, EUDO Citizenship Observatory, julio de 2015, p. 10, disponible en: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36498/EUDO_CIT_CR_2015_13_USA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹¹ Disponible en: http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/04/1680-1703_Online.pdf.

ciudadanía a todos los nacidos en territorio estadounidense, salvo los nacidos en Samoa y las islas Swains, a quienes se les atribuye la nacionalidad estadounidense, pero no la ciudadanía.

Equivalente al nacimiento en Estados Unidos puede considerarse la situación de la persona de parentesco desconocido que se encuentre en el país mientras es menor de cinco años, que se considerará también ciudadana estadounidense por nacimiento hasta que se demuestre, antes de cumplir los 21 años de edad, que no ha nacido en los Estados Unidos, según dispone la 8 USC 1401 (f).

Por ius sanguinis: menores nacidos en el extranjero

Se atribuye la nacionalidad de manera automática. Así, un hijo (o hija) es ciudadano estadounidense si se han reunido las siguientes condiciones reguladas bajo la sección 320 de la INA, según ha sido enmendada por la ley de ciudadanía de hijos (Child Citizenship Act, CCA, por sus siglas en inglés):¹²

- Si por lo menos uno de los padres es ciudadano estadounidense, sea por nacimiento o por naturalización.
- Si el hijo (o hija) es menor de 18 años de edad.
- Si el hijo (o hija) reside en Estados Unidos bajo la custodia legal y física del progenitor ciudadano estadounidense y tiene su residencia permanente legal.
- El hijo (o hija) adoptivo(a) puede obtener la ciudadanía automáticamente si satisface los requisitos bajo las secciones 101(b)(1)(e), (f) o (g) de la INA.

Para ser elegible como “hijo” (o hija) para los propósitos de la sección 320 de la INA, el considerado “hijo” debe ser soltero. Además, si la persona nació sin que sus padres estuvieran casados, debe ser reconocido antes de cumplir 16 años y estar bajo la custodia legal del padre (o la madre) que lo va a reconocer (el padre o la madre que es ciudadano estadounidense).¹³ Por último, un hijastro que no ha sido adoptado no es elegible como hijo bajo esta sección.

¹² Disponible en: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/us-citizenship/Child-Citizenship-2000-Sections-320-322-INA.html>.

¹³ Consulte la sección 101(c)(1) de la INA.

Una persona que como “hijo” satisface los requisitos de la sección 320 de la INA, antes de cumplir los 18 años es ciudadano automáticamente, sin tener que presentar una solicitud. Sin embargo, si desea obtener un certificado de ciudadanía de los Citizenship and Immigration Services (USCIS, por sus siglas en inglés), debe tramitar el Formulario N-600, Solicitud de Certificado de Ciudadanía. Los pasaportes estadounidenses se hacen a través del Departamento de Estado.

Las personas que hayan cumplido 18 años a la fecha del 27 de febrero de 2001 no son elegibles para obtener la ciudadanía bajo la sección 320 de la INA, según lo ha enmendado la CCA. Estas personas pueden, no obstante, obtener la ciudadanía al amparo de la ley que estaba en vigencia con anterioridad a la enmienda CCA, un tema por demás complicado.

Por naturalización

La ciudadanía por naturalización se obtiene una vez se cumple con los requisitos que establece la INA, entre los que podemos enunciar los siguientes:

- Antes de la presentación de la solicitud de naturalización, se compruebe una residencia permanente dentro del territorio de los Estados Unidos, de por lo menos cinco años.
- Residido continuamente en los Estados Unidos desde la fecha de la solicitud hasta el momento de la admisión a la ciudadanía.
- Ser una persona respetuosa de los principios de la Constitución estadounidense.

Por matrimonio

La ciudadanía también puede obtenerse a través del matrimonio. La sección 319 de la INA establece los requisitos para acceder a ésta a través del matrimonio.

La INA establece que cualquier persona cuyo cónyuge sea ciudadano de los Estados Unidos, o cualquier persona que haya obtenido el estatus de residente permanente legal por su condición de cónyuge o hijo de un ciudadano de los Estados Unidos, puede ser naturalizado al cumplir con todos los re-

quisitos que esa misma ley establece. Algunos de los requisitos que podemos enumerar son los siguientes:

- Si dicha persona, inmediatamente anterior a la fecha de presentar su solicitud de naturalización, ha residido de manera continua durante, al menos, tres años después de haber sido legalmente admitido para residencia permanente dentro de los Estados Unidos, y durante los tres años ha vivido en unión matrimonial con el cónyuge ciudadano.
- Cualquier persona cuyo cónyuge sea ciudadano de los Estados Unidos, o empleado del gobierno o de una institución de investigación estadounidense reconocida como tal por el fiscal general, o de una empresa o corporación dedicada en su totalidad o en parte al desarrollo del comercio exterior de los Estados Unidos, entre otros.
- Cualquier persona que esté empleada por una organización no lucrativa incorporada de buena fe en los Estados Unidos, que se dedique principalmente a realizar en el extranjero, a través de los medios de comunicación, la difusión de información que promueva significativamente los intereses estadounidenses en el extranjero, y que sea reconocida como tal por el fiscal general.
- Cualquier persona que sea el cónyuge, hijo, padre o madre sobreviviente de un ciudadano de los Estados Unidos, cuyo cónyuge, padre o hijo fallezca durante un periodo de servicio honorable en estado de servicio activo en las Fuerzas Armadas, y quien, en el caso de un cónyuge sobreviviente, vivía en unión matrimonial con el cónyuge ciudadano al momento de su muerte.

Por servicios o méritos en las Fuerzas Armadas

En el sistema norteamericano también se otorga la ciudadanía por servir o haber servido en las Fuerzas Armadas, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece la INA en sus secciones 328 y 329. Los requisitos establecidos en la ley se pueden resumir de la siguiente manera:

- Haber servido honorablemente en las Fuerzas Armadas de Estados Unidos durante tiempo de paz, por un periodo, o periodos, que sumen un año.

- Haber presentado el formulario necesario, certificación de servicio militar o naval, al momento que se presentó el Formulario N-400 para demostrar el servicio honorable.
- Ser un residente permanente al momento de ser examinado para la solicitud de naturalización.
- Cumplir con ciertos requisitos de residencia y presencia física.
- Demostrar que puede leer, hablar y escribir en inglés.
- Demostrar conocimiento de la historia y el gobierno estadounidense.
- Demostrar que ha sido una persona de buen carácter moral durante, al menos, cinco años antes de presentar el Formulario N-400 y hasta que se naturalice.
- Adherirse a los principios de la Constitución de los Estados Unidos.

En ese mismo orden de ideas, es de señalar que los familiares de miembros de las Fuerzas Armadas estadounidenses pueden optar por asumir la ciudadanía incluso si se encuentran en el extranjero.

Como vemos, y como corolario, hay una variedad de distintos supuestos en los que se contempla la adquisición de la nacionalidad norteamericana por derecho de sangre y otra adquisición, la cual es la protagónica en esta contribución por haber nacido en territorio norteamericano. En definitiva, y ciñéndonos a la nacionalidad por derecho de nacimiento, la mencionada Decimocuarta Enmienda constitucional de los Estados Unidos atribuye la nacionalidad por el *ius soli*, por el derecho del suelo, por nacer en suelo norteamericano, sin restricciones, y así se establece al enunciar: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a la jurisdicción correspondiente, son ciudadanos de los Estados Unidos”.¹⁴ Como

¹⁴ U. S. Const. amend. XIV, § 1. El Tribunal Supremo norteamericano ha sido claro en este tema. En 1898 sostuvo, en *Estados Unidos vs. Wong Kim Ark* (169 U. S. 649, 1898), que un niño nacido en los Estados Unidos de ciudadanos chinos, a quienes se les prohibió convertirse en ciudadanos de los Estados Unidos, tenía derecho a la ciudadanía en virtud de la Decimocuarta Enmienda; en 1982 en *Plyler vs. Doe* (457 U.S. 202 –1982-) la Suprema Corte expresó que la Cláusula de igual protección se aplica a los inmigrantes indocumentados dentro de la jurisdicción de un Estado, no menos que a los inmigrantes documentados y ciudadanos de los Estados Unidos porque están “sujetos a la jurisdicción” de los Estados Unidos. Un antecedente más remoto se da en 1884, con el caso *Elk vs. Wilkins*, el cual motivó leyes del mismo calado para los americanos nativos, y de ahí la Indian Citizenship Act de 1924. Harrington, Ben, “The Citizenship Clause and «Birthright Citizenship»: A Brief Legal Overview”, Congressional Research Service, 1o. de noviembre de 2018.

ya expresamos, se habla de ciudadanía y no de nacionalidad, tomándolo, en apariencia, como sinónimos, algo que para los países del *Civil Law* se disiente absolutamente. La nacionalidad se otorga —o se debería otorgar por *ius soli* o por *ius sanguinis*—¹⁵ en el momento del nacimiento; la ciudadanía se da cuando se cumple la mayoría de edad, abriendo la posibilidad de adquirir una serie de derechos, como el derecho al voto, que es el más representativo.

En los Estados Unidos, tal y como se deriva de la multimencionada Decimocuarta Enmienda, se estableció —o, más precisamente, hizo explícito para la ciudadanía nacional lo que había sido el caso desde la fundación de la República— la regla de *ius soli* o ciudadanía basada en el lugar de nacimiento, que es una regla derivada del *Common Law* inglés.¹⁶ Los Estados Unidos, como acabamos de exponer, también tienen una tradición de *ius sanguinis*, ya que otorgan la ciudadanía a los niños nacidos de ciudadanos estadounidenses en el extranjero —siempre que tengan residencia previa en los Estados Unidos—, pero esto es un corolario legal del principio constitucional que asigna la ciudadanía al nacer por territorio.

Los niños nacidos en los Estados Unidos son ciudadanos en virtud de la citada enmienda, pero el estatus de ciudadanía de los niños nacidos de estadounidenses que viven fuera del país se ve afectado por un conjunto com-

¹⁵ El enfoque en *ius soli*, como elemento descriptivo, evita el hecho de que ambas reglas básicas de asignación de la ciudadanía al nacer son adscriptivas, ya sea por geografía o por descendencia (*ius sanguinis*, después de todo, significa la regla de la sangre). Ninguna persona tiene control sobre las circunstancias de su nacimiento. En este momento no nos detenemos en la adquisición de la nacionalidad del hijo(a) adoptado(a) internacionalmente.

¹⁶ Véase el *Calvin's Case*, (1608) 77 Eng. Rep-377 (K. B.), en Price, Polly J., "Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)", *9 Yale J. L. & Human*, 73, 95 (1997), cit. por Ngai, Mae M., "Birthright Citizenship and the Alien Citizen", *Fordham Law Review*, núm. 5, abril de 2007, p. 2525. En este asunto se argumentó que una persona nacida en Escocia después de que James I ascendiera al trono de Inglaterra era un "sujeto nacido natural" y, como tal, tenía derecho a heredar tierras en Inglaterra. El fallo sostuvo que la soberanía del rey que residía en este "*corporeal body*" era parte de la "ley divina de la naturaleza" y, por lo tanto, más grande que las jurisdicciones políticas bajo su soberanía. En la Inglaterra del siglo XVII la temática era principalmente una cuestión de lealtad, ya que los beneficios de los sujetos nacidos de forma natural eran escasos, pero éstos incluían el derecho a heredar tierras y demandar en las cortes del rey. De acuerdo con el Caso Calvino de 1608, y refiriéndonos a las colonias norteamericanas, el *Common Law* de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la Corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas.

plejo de leyes. Cuando los padres de esos niños no están casados, esas leyes dificultan la transmisión de la ciudadanía entre el padre y su hijo, al tiempo que proporcionan una transmisión casi automática de la ciudadanía entre una madre estadounidense y su hijo.¹⁷ Hay tres casos que implicaron un gran desafío constitucional a la regulación basada en el género de la transmisión de la ciudadanía entre padres e hijos (*Miller vs. Albright*, *Nguyen vs. INS* y *Flores-Villar vs. Estados Unidos*), y la Suprema Corte confirmó estas distinciones mientras trabajaba para explicar por qué el Congreso ha elaborado líneas tan marcadas entre los hijos no matrimoniales de madres y padres estadounidenses.¹⁸

Para finalizar, es importante subrayar que los opositores a la ciudadanía por nacimiento, en general, no discuten directamente en términos de exclusión racial. Esto puede deberse a que no están motivados por el ra-

¹⁷ Para asegurar la ciudadanía de su hijo no marital nacido en el extranjero el 14 de noviembre de 1968, o después de esa fecha, el padre debe proporcionar una prueba de paternidad o legitimación antes de que el niño cumpla los 18 años y una prueba de provisión de apoyo financiero. Además, una relación de sangre entre el niño y el padre debe establecerse mediante “pruebas claras y convincentes” y el padre debe cumplir con un requisito de residencia calibrado por edad. Ver 8 U. S. C. 1401 (g), 1409 (a). Por el contrario, la madre de un niño no marital nacido en el extranjero sólo debe haber vivido en los Estados Unidos durante un año en cualquier momento de su vida. Ver id. 1409 (c). Los requisitos para la transmisión de la ciudadanía padre-hijo fuera del matrimonio han variado desde que se codificaron por primera vez en 1940, mientras que los estándares liberales para la ciudadanía madre-hijo se ha mantenido esencialmente igual. Comparar la Ley de Nacionalidad de 1940, cap. 876, 201-205, 54 Stat. 1137, 1138-40, con 8 U. S. C. 1409 (c). Debido a que el Congreso generalmente no ha realizado cambios retroactivos a los requisitos que se aplican a los hijos no matrimoniales de los padres estadounidenses, los estándares más antiguos siguen siendo las leyes vigentes para los niños que alcanzan la mayoría de edad antes de la fecha efectiva de un cambio posterior. Véase Collins, Kristin A., “Illegitimate Borders: *ius sanguinis* Citizenship and the Legal Construction of Family, Race, and Nation”, *The Yale Law Journal*, vol. 123, núm. 7, mayo de 2014, pp. 2136 y 2137.

¹⁸ Véase *Flores-Villar v. Estados Unidos*, 131 S. Ct. 2312 (2011) (*per curiam*) por una corte igualmente dividida 536 F. 3, 990 (9 Cir. 2008); *Nguyen v. INS*, 533 U. S. 53, 56-57 (2001); *Miller v. Albright*, 523 U. S. 420, 424 (1998). Nguyen y Miller, con desafíos para el padre al establecer sólo requisitos de legitimación y prueba de paternidad de 8 U. S. C. 1409 (a) y 8 U. S. C. 1409 (a) (b), mientras que Flores-Villar desafió los requisitos dispares de residencia de los padres que se aplican a los padres y madres de niños no nacidos en el extranjero. Comparar 8 U. S. C. 1409 (a) (7) (1970) con id. 1409 (c). Si bien el Congreso redujo la duración del requisito de residencia de los padres en forma retrospectiva en 1986, la ley continúa manteniendo a las madres y los padres de niños nacidos en el extranjero no maritales a diferentes estándares. Comparar 8 U. S. C. 1401 (a) (2012) con id. 1409 (c).

cismo, o si lo están, saben que es socialmente inaceptable y legalmente dudoso. La exclusión racial de la ciudadanía tiene una larga historia en los Estados Unidos, una que ha involucrado diferentes manipulaciones de la ciudadanía territorial y de ascendencia. Incluso si la exclusión racial no es el resultado pretendido de eliminar la ciudadanía por nacimiento, produce un cierto resultado.¹⁹

III. MINORIDAD EN ESTADO DE VULNERABILIDAD

1. *Categorización de inicio*

Junto con las categorías esbozadas de familias y con las distintas “modalidades”, encontramos menores “dejados atrás” no sólo físicamente, sino simbólicamente; desde que quedan atrás, dejando su voz, sus derechos más elementales, y en donde la vulnerabilidad se torna en un estado —estado de vulnerabilidad— que cambia, y no necesariamente de manera positiva.²⁰ Categorizamos, además, a aquellos niños, niñas y adolescentes víctimas de trata y explotación laboral, sexual, o con fines de tráfico de órganos, entre otros. Asimismo, incluimos la minoridad que se traslada sola, o bien, para reagruparse con su núcleo familiar; para poder enviar remesas, fruto de su trabajo en otro país, o para, simple y llanamente, salir de una situación intolerable en sus países de origen. Sin olvidar a los menores que son separados de sus familias por políticas migratorias que vulneran su derecho a vivir con sus familias.

Sin lugar a dudas, hay un falso universalismo de los derechos humanos en los Estados y una absoluta ignorancia de la protección de niñas, niños y adolescentes —el denominado adultocentrismo—, en donde si con respecto a los adultos existe un alto grado de desigualdad, el tema se recrudece cuando hablamos de menores, y más aún de menores migrantes.

¹⁹ Ngai, Mae M., “Birthright Citizenship and the Alien...”, *cit.* p. 2527.

²⁰ Como lo señala Bustamante, el estado de vulnerabilidad surge en el extranjero cuando hay una “diferencia o ausencia de poder, que los coloca en una posición de subordinación en sus relaciones sociales con los nacionales, ya sean éstos individuos o instituciones”. Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002, p. 176.

La protección de derechos humanos, en general (ciudadanía y nacionalidad), y el sistema de protección de los menores, en particular (familia, sociedad y Estado) están en proceso de cambio; cambio de estrategias: flujos migratorios que llegan con la intención de quedarse y no de residir temporalmente.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNU'89), la carta magna de la niñez, ha servido para dismantelar la consideración de la niñez migrante acompañada como la única existente y para construir una nueva categorización en la que tiene cabida la niñez inmigrante no acompañada en sus múltiples perfiles y tipologías.²¹ De esta manera, se debe diferenciar entre “menor extranjero —o migrante— no acompañado” y “menor extranjero separado”.

El menor migrante no acompañado(a) se encuentra solo, sin la compañía de ningún familiar, guardián o tutor legal (artículo 20 CNU'89²²). Los menores migrantes no acompañados, o los menores extranjeros no acompañados (MENA's, como se les conoce en el contexto europeo), están definidos en ese artículo 20 como “niño privado de su entorno o medio familiar”, concebidos con el más alto nivel de vulnerabilidad al estar solos y alejados de su familia y de sus referentes culturales. Se hace notar que el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Núm. 6, se refiere a los menores extranjeros no acompañados.

Otra categorización la tenemos con el menor extranjero separado de sus progenitores o de sus tutores (b), pero no de otros familiares (artículos 9o.

²¹ El Comité de los Derechos del Niño, como órgano de interpretación, supervisión y control de la Convención de Naciones Unidas de 1989 (artículos 43 a 45 CNU'89), es un órgano que emite observaciones generales que sirven de guía de actuación a los Estados parte; órgano que identifica al colectivo de menores y que tiene un papel toral.

²² Artículo 20. “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”. Disponible en: <https://www.un.org/es/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2020).

y 10 CNU'89),²³ situación de los separados y la reunificación familiar en el Estado del que no son nacionales.

Con referencia a los menores migrantes no acompañados, por su situación de doble o triple factor de vulnerabilidad son sujetos directos de protección, en donde el fin primordial debe ser el de reducir las barreras que impiden u obstaculizan el ejercicio de sus derechos. En definitiva, el establecimiento de normas que imponen obligaciones al Estado para aquellos supuestos en los que menores y adolescentes estén en situación de vulnerabilidad y

²³ Artículo 9.1. "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, al Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

Artículo 10.1. "De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por un niño o por sus padres que entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traera consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9o., los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho a salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención". Disponible en: <https://www.un.org/es/> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2020).

se reduzcan las mayores barreras que encuentren para el ejercicio de sus derechos. Los menores migrantes no acompañados, por tanto, son vulnerables:

- 1) Por su consideración de ser o estar privados de su ambiente familiar; es decir, estar solo o no acompañado por la familia.
- 2) Por su condición de niño, donde son discriminados de manera múltiple:
 - Refugiados (artículo 22 CNU'89)
 - Discapacitados (artículo 23 CNU'89)
 - Estar a cargo de instituciones públicas (artículo 25 CNU'89)
 - Pertenecer a grupos minoritarios o indígenas (artículo 30 CNU'89)
 - Encontrarse en conflictos armados (artículo 39 CNU'89)
 - Estar en conflicto con la ley (artículo 40 CNU'89)
 - Víctimas de trata de seres humanos (artículo 35 CNU'89)
 - Vivir en la calle, víctimas de violencia de género, trabajadores irregulares y siempre más expuestos al trabajo infantil, explotación laboral (artículo 32 CNU'89), consumo de drogas (artículo 33 CNU'89), explotación sexual (artículo 34 CNU'89), secuestro, venta y trata (artículo 35 CNU'89) u otras formas de explotación (artículo 36 CNU'89) y detención y castigo (artículo 37 CNU'89).

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la mencionada Observación General Núm. 6, ha intentado clarificar quiénes forman parte del grupo social de menores no acompañados, atendiendo al mencionado artículo 20 CNU'89 y a la realidad migratoria actual. De su lectura deducimos cinco tipologías de menores y adolescentes migrantes no acompañados: 1) niños solicitantes de asilo; 2) niños refugiados; 3) niños víctimas de trata; 4) niños impedidos, y 5) niños soldados.

Asimismo, de la Observación General Núm. 21, se agrega la de niños en situación de calle. Sin embargo, quedaría sin contemplarse una última categoría relacionada: la niñez inmigrante económica no acompañada,²⁴ sin mencionar a aquellos que huyen al ser rechazados por sus familias, ya sea por cuestiones de sexualidad (identificados como lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, in-

²⁴ Véase Serrano Sánchez, Lucia, "Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia migrante no acompañada en España y El Salvador", tesis doctoral, Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada, España, defensa: 9 de julio de 2019, tesis inédita y premio a mejor tesis doctoral, Universidad Internacional de La Rábida.

tersexuales, asexuales), por ser pandilleros o porque son niños que ofrecen resistencia al matrimonio infantil o a la mutilación femenina.²⁵

2. Casuística derivada de los Estados Unidos de América

Bebés anclas

Al inicio de esta contribución hemos hecho hincapié en la tendencia más actual de aquellos países que consagran la nacionalidad por *ius soli* sin reserva hacia la imposición de restricciones, y así, de esta manera, buscar otras formas de acotar el acceso a nacionalidades, digamos, automáticas.

Cuando hablamos de bebés anclas²⁶ (*Anchor Baby*), nos referimos a aquellos casos en los que se trata de asegurar la nacionalidad en otro país con un movimiento de corto plazo; es decir, esos padres que deciden dar a luz en un determinado país para garantizar la nacionalidad por el simple hecho de nacer en su suelo, *ius soli*, como es el caso de los Estados Unidos. Un tema que no pasan por alto las autoridades americanas, máxime si subrayamos que al cumplir los 21 años de edad, los hijos pueden solicitar el trámite de residencia permanente para sus progenitores.²⁷

A partir de 2005, el término *bebé ancla* se utilizó ampliamente para describir a los hijos de mujeres pobres de color, concretamente inmigrantes latinas no documentadas, que se suponía daban a luz en los Estados Unidos para obtener ganancias financieras a expensas de los contribuyentes.²⁸

²⁵ *Idem*.

²⁶ Aunque tendría cabida, en esta oportunidad no nos referiremos al turismo por nacimiento o turismo de maternidad por cuestiones de acotación de la materia. Para una referencia al respecto, recomendamos la lectura de algo previo que escribimos en González Martín, Nuria, “Apuntes desde el derecho internacional privado relacionados con los «niños dejados atrás»: especial consideración a los menores no acompañados y familias separadas”, en Pérez Contreras, Montserrat y Macías y Pérez, Elisa (coords.), *Derechos humanos, migración y desplazamiento forzado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

²⁷ Padre de un ciudadano estadounidense que tiene, al menos, 21 años de edad. Categorías de elegibilidad de Green Card, disponibles en: *uscis.gov* (fecha de consulta: 20 de marzo de 2020).

²⁸ Tiffany, Joseph, “Anchor Babies and the Challenge of Birthright Citizenship”, *Contemporary Sociology*, vol. 47, núm. 6, noviembre de 2018, pp. 691 y ss.; Kim, J. K. et al., “Gendering Immigrant Subjects: «Anchor Babies» and the Politics of Birthright Citizenship”, *Social Identities*, vol. 24, núm. 3 mayo de 2018, pp. 312-326.

La respuesta legislativa a esta amenaza percibida fue la Birthright Citizenship Act (H. R. 140).²⁹ Esta Ley de ciudadanía por derecho de nacimiento negaría la ciudadanía a los niños nacidos en los Estados Unidos a menos que uno de los padres del niño sea ciudadano, residente legal permanente o residente legal que preste servicio militar. Aunque, dicha ley violaría el texto de la Decimocuarta Enmienda constitucional, así como leyes secundarias.³⁰

Los Birthright Citizenship Bills; es decir, los proyectos de ley de ciudadanía/nacionalidad por derecho de nacimiento, propuestas para restringir la ciudadanía natural de *ius soli* para los niños nacidos en Estados Unidos, revelan, insistimos, que el complejo enredo de género, estado de nacimiento y raza también continúa en las batallas políticas sobre inmigración y ciudadanía. Estas propuestas, calculadas para excluir a los hijos de madres no ciudadanas y no documentadas del estado de ciudadanía de personas de ascendencia hispana, negarían la ciudadanía a los niños nacidos en Estados Unidos de madres indocumentadas. Como decimos, si bien estos proyectos de ley son neutrales en cuanto a la raza, el testimonio en el Congreso de quienes proponen tales medidas deja claro que el problema principal, tal como lo formulan, es no reconocer como ciudadanos a los hijos de madres indocumentadas.³¹

²⁹ “To amend section 301 of the Immigration and Nationality Act to clarify those classes of individuals born in the United States who are nationals and citizens of the United States at birth”. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/140/text>. Esta iniciativa se introdujo el 3 de enero de 2019 a la Cámara de Representantes y, actualmente, tiene 28 *co-sponsors*; es decir, el legislador que presenta una *bill/act* para su consideración. El último se adhirió el 13 de febrero de 2019, donde plantean modificar, como decimos, la sección 301 de la Immigration Act para instaurar tres supuestos en los cuales se podría otorgar la nacionalidad estadounidense: *i*) que un padre sea de nacionalidad estadounidense; *ii*) que el padre/madre sea extranjero pero tenga residencia legal en Estados Unidos, o *iii*) que su padre/madre sea un miembro activo de las Fuerzas Armadas.

³⁰ Como vimos en el primer apartado de esta contribución, la Immigration and Nationality Act (INA) incluso amplía la nacionalidad y ciudadanía por nacimiento en su artículo 301 (a): “una persona nacida en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción” es un “nacional y ciudadano de los Estados Unidos al momento de nacer”. La INA también extiende la ciudadanía en el momento del nacimiento a aquellas personas que no están protegidas por la cláusula de ciudadanía, como las nacidas en el extranjero de algunos padres ciudadanos estadounidenses. Las regulaciones federales, incluidas las que rigen la emisión de pasaportes y el acceso a ciertos beneficios, implementan la INA al proporcionar que una persona es un ciudadano estadounidense si él o ella nació en los Estados Unidos, siempre que el padre no fuera un “oficial diplomático extranjero” en el momento del nacimiento.

³¹ Collins, Kristin A., “Illegitimate Borders...”, *cit.*, p. 2224.

Como ya expresamos, la ley de ciudadanía por derecho de nacimiento actualmente se encuentra bajo consideración en el Congreso de los Estados Unidos,³² con el objetivo de negar la ciudadanía por derecho de nacimiento. La ley, desde su propio nombre “engañoso”, invita a un replanteamiento más que contundente hacia su rechazo.³³

En este caso concreto, relativo a los bebés anclas, dicha nomenclatura se hace muy visible, al menos a través de la prensa más mediática, desde que el presidente Trump inició su candidatura presidencial en 2015 y acometió contra la ciudadanía por derecho de nacimiento³⁴ y la Decimocuarta Enmienda constitucional (*Birthright Citizenship*); contra los hijos de los inmigrantes no documentados, llamándolos despectivamente bebés anclas y con ello, de manera paralela, acusando a las mujeres migrantes de “undermining of the United States”.³⁵ Se presenta así, y sin lugar a dudas, el escenario más peyorativo y denigrante que un panorama discriminador puede evocar.³⁶

³² 116th Congress, 1st session, January 3, 2019.

³³ Véase el rechazo rotundo de la declaración de 7 de diciembre de 2018, de la U. S. Commission on Civil Rights, la cual se opone a dicha iniciativa que atenta para acabar con el derecho de ciudadanía por nacimiento y en clara continuidad con la hostilidad contra los inmigrantes, disponible en: www.usccr.gov. Véase, igualmente, Foster, C. H., “Anchor Babies and Welfare Queens: An Essay on Political Rhetoric, Gendered Racism, and Marginalization”, *Women, Gender, and Families of Color*, Estados Unidos, vol. 5, núm. 1, primavera de 2017, p. 51. Esta ley de ciudadanía por nacimiento en realidad negaría la ciudadanía por derecho de nacimiento y por ello es importante expresar que tan nefasta es que ni siquiera el nombre del proyecto de ley se acerca fidedignamente a su contenido.

³⁴ Como decimos, desde 2015 el presidente Trump ha promovido esta iniciativa. Véase <https://thehill.com/blogs/pundits-blog/immigration/251768-on-birthright-citizenship-congress-cant-trump-constitution>). Sin embargo, ha recibido muchas críticas por su falta de fundamento legal y la clara violación a derechos humanos que tal modificación pudiera representar. El rechazo por el congreso ante este tipo de iniciativas se puede consultar en: <https://www.usccr.gov/press/2018/12-07-Birthright-Citizenship-Statement.pdf>.

³⁵ Queremos hacer notar aquí que tanto las denominaciones de “bebé ancla” (*anchor baby*) como de “reina del bienestar” (*welfare queen*) son ejemplos de una “retórica política racista de género utilizada públicamente por los legisladores para marginar a las poblaciones vulnerables. En los años ochenta y noventa, los legisladores utilizaron la frase «reina del bienestar» para describir a las mujeres solteras pobres que tenían varios hijos, supuestamente con el propósito de obtener ganancias financieras a expensas de los contribuyentes de los Estados Unidos. Como decimos, el término «bebé ancla» se ha utilizado más recientemente para describir a los hijos de mujeres inmigrantes no documentadas que, según afirman algunos legisladores, vienen a los Estados Unidos a tener bebés”. Foster, C. H., *op. cit.*, p. 50.

³⁶ Kim, J. K. *et al.*, *op. cit.*, p. 313.

El tema que subyace, y que debería hacernos pensar, es sobre lo justo o injusto que puede ser cómo determinar quién puede dar a luz a los ciudadanos en los Estados Unidos.

3. *Familias separadas en la frontera México-Estados Unidos*³⁷

Una situación real que hace patente la falta de sensibilidad, por decir lo menos, de la administración Trump, es la situación en donde los niños migrantes eran separados de sus padres o del adulto que los acompaña.³⁸

³⁷ González Martín, Nuria, “Globalización familiar...”, *cit.*

³⁸ Vulnerando uno de los principios rectores establecidos desde la carta magna de la niñez; es decir, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por la comunidad internacional en su totalidad, con la excepción de los Estados Unidos de América, en donde su artículo 9o., inciso I, subraya el derecho del niño a vivir con ambos padres, y el artículo 10, inciso I, se refiere a la reunificación familiar de manera expedita, positiva y humana.

El número de familias detenidas en la frontera ha crecido exponencialmente y los peligros latentes son más que evidentes, y máxime para los menores inmersos en estas situaciones. Véase, en ese sentido, las cifras y las realidades expuestas en Lakosil, N., “The Flores Settlement: Ripping Families Apart under the Law”, *Golden Gate U. L. REv.*, vol. 48, 2018, pp. 31 y ss.

Véase #kidsawaiting Facebook Live Chat, realizado en vivo el 29 de agosto de 2018 a las 13:00 h (hora del Este). En donde el International Social Service-USA maneja una serie de cifras que no dejan indiferente a nadie: “2,000 migrant #kidsawaiting to be reunited with their families across the U. S. Mexico border; 20,000 #kidsawaiting to leave group homes in the U. S.; 30,000 #kidsawaiting to be deinstitutionalized in the U. S.; 107,000 #kidsawaiting to be adopted in the U. S.; 100,000 #kidsawaiting in U. S. Foster care for their families in foreign countries to be engaged in permanency planning for them; 193,000 #kidsawaiting in non-relaive Foster homes to be reunited with family”.

Creemos conveniente expresar que la situación no es exclusiva de un solo país, y dado que el tema lo hemos vinculado México-Estados Unidos, debemos expresar que México, igualmente, es un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes con grandes retos sobre la materia, y no sólo teórico, sino en la práctica diaria. Véase Fernández de la Reguera, Alethia *et al.*, “Caravanas migrantes: las respuestas de México”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, Opiniones Técnica sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5804-caravanas-migrantes-las-respuestas-de-mexico-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-8>.

En este contexto, iniciado en abril de 2018, pareciera que se podría hablar de una “nueva” categoría de menores desprotegidos a los que se les infringe un daño irreparable.³⁹ Un ejemplo de ello la tenemos bajo la denominada doctrina de “tolerancia cero” en los Estados Unidos,⁴⁰ por la que todo inmigrante indocumentado se considera un delincuente y se le procesa judicialmente como tal, aunque no tenga antecedentes penales, y por tal “motivo” los niños no pueden seguir junto a sus padres y son separados.⁴¹ Un resultado frecuente en estos casos es la deportación de los padres⁴² y, por tanto, los niños son entregados a un cuidador, o *sponsor*, o son colocados

³⁹ La realidad es que creció el número de afectados por la deportación de progenitores, pero también de cónyuges. “Como resultado del reciente aumento en las deportaciones de personas con vínculos a largo plazo con los Estados Unidos, cientos de miles de los matrimonios de ciudadanos estadounidenses han sido socavados fundamentalmente. Algunos permanecen en los Estados Unidos sin sus parejas de por vida; otros abandonan el país para mantener juntas a sus familias. De cualquier forma, experimentan dificultades financieras, psicológicas y emocionales. Quienes deciden irse son desarraigados, pierden la proximidad con sus familiares y amigos, el acceso a sus propiedades y las oportunidades profesionales para las que se capacitaron en los Estados Unidos. Se enfrentan a barreras culturales y de idioma una vez que se mudan al extranjero” (la traducción es nuestra). Caldwell, B., “Deported by Marriage. Americans Forced to Choose between Love and Country”, *Brook Law Review*, vol. 82, 2016, pp. 1 y ss.

⁴⁰ La Fiscalía anunció, en abril de 2018, una estrategia de “tolerancia cero” que implicaba presentar cargos penales contra cualquier adulto que entrara ilegalmente a los Estados Unidos. Si viajaban con niños, como los menores no pueden ser encarcelados, eran segregados de sus padres. Se les trasladaba a un albergue de Servicios Sociales donde permanecían hasta que se encontrara una familia de acogida.

⁴¹ La crisis estalló en la opinión pública cuando se hizo público que en el lapso de seis semanas, entre el 19 de abril y el 6 de junio de 2018, la Administración había separado a unos 2,000 niños, a veces bebés, de sus progenitores o familiares adultos. Trump suspendió, a través de una orden ejecutiva, el 20 de junio de 2018, su política de separación de familias en la frontera. No obstante, en paralelo se siguió obligando a los menores a declarar ante un juez, vulnerando derechos de los menores a mansalva. Disponible en: www.elpais.es, 7 de julio de 2018.

⁴² Los padres inmigrantes detenidos por funcionarios de inmigración corren el riesgo de perder sus derechos parentales mucho más rápidamente que los padres nacidos en Estados Unidos que están encarcelados. La deportación no debe considerarse motivo suficiente para la terminación del derecho parental. Incluso como resultado, los niños con recursos familiares en otro país a menudo son injustamente liberados/propuestos para su adopción, y corren el riesgo de perder la conexión con su familia, su cultura, su idioma, y otras fuentes importantes de desarrollo saludable. ISS, *Developing Sustainable Repatriation and Reintegration Programs for Children and Families Separated by Borders*, julio de 2018, p. 2.

en hogares de acogida federales,⁴³ con medidas de seguimiento “adecuadas” para garantizar la seguridad y el bienestar de los niños.⁴⁴

Según los últimos datos de 2018, el gobierno de los Estados Unidos tenía bajo custodia a 11,351 menores inmigrantes en un centenar de centros.⁴⁵ El presidente justificó esta medida porque implicaba el cumplimiento de la actual ley migratoria y la responsabilidad recaía en los legisladores, invitando a la creación de una nueva normativa. Pero la realidad era otra: la práctica de separar a los menores de sus familiares no responde a ninguna ley, y de ahí la orden ejecutiva del 20 de junio de 2018 que paralizó la medida. La idea fue replantear la práctica de la denominada “tolerancia cero” a través de una nueva legislación migratoria que aborda-

⁴³ Por una cuestión práctica-económica, en promedio, los niños que están en un centro de crianza, los denominados *foster care*, cuestan al sistema estatal de protección infantil más de \$30,000 por año. Invertir en la colocación segura de un niño con su familia en otro país puede ahorrar dinero a los sistemas estatales mientras trabaja para mantener unidas a las familias cuando es en el mejor interés del niño. *Idem*.

Pero por una cuestión menos económica, veamos cómo proteger a nuestros menores aportando el apoyo legal y emocional efectivo. Véase nuestra propuesta general de un mediador intercultural en González Martín, Nuria, “Vulnerable Migrants: Mediation for Unaccompanied Minors in the Border between US/Mexico”, *Newsletter Weinstein International Foundation*, 2020.

⁴⁴ ISS, *Developing Sustainable Repatriation and Reintegration Programs for Children and Families Separated by Borders*, julio de 2018, p. 2. De manera similar, la suspensión del Estatus de Protección Temporal (*Temporary Protected Status*, TPS, por sus siglas en inglés) para ciudadanos salvadoreños, haitianos, hondureños y nicaragüenses, deja a miles de niños y padres vulnerables en la aplicación de la ley de inmigración. Estas familias tendrán dificultades con la decisión sobre qué hacer si son detenidos y/o deportados. ¿Deberían los niños regresar con ellos o deberían quedarse en los Estados Unidos? Estas decisiones son emocionalmente complejas para los miembros de la familia y generan recursos ya de por sí limitados. Disponible en: <http://cimcw.org/wp-content/uploads/ISS-Practice-Brief.pdf> (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2019).

⁴⁵ La Cancillería mexicana emitió un comunicado de prensa el 19 de junio de 2018 en torno a la situación. Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/condena-el-gobierno-de-mexico-la-politica-de-separacion-de-familias-migrantes-en-estados-unidos>. Claramente, se declara dicha “acción como cruel e inhumana [...] representa una violación a los derechos humanos de los migrantes y pone en situación de vulnerabilidad a niñas y niños [...] Los casos de menores mexicanos que se encuentran en esta situación son pocos, en torno al 1%, y están identificados con el debido acompañamiento de los consulados de México. El mayor número de menores separados de sus familias corresponde a niñas y niños provenientes de Guatemala, El Salvador y Honduras. Las organizaciones civiles están dando seguimiento al tema de manera muy puntual”.

ra el problema; no obstante, el Congreso no llegó a ningún acuerdo sobre la reforma migratoria.

Como vemos, la administración de Trump parecía enfocarse no sólo en la construcción de un “nuevo” muro entre México y los Estados Unidos,⁴⁶ sino en la población más vulnerable; primero, poniendo en duda la permanencia de los llamados *dreamers* (o soñadores) y después culpando a los legisladores por la separación de las familias.

Como decimos, desde abril de 2018⁴⁷ la administración Trump comenzó a separar, de forma generalizada, a las familias que intentaban entrar ilegalmente en el país. Las imágenes de hileras de niños en tiendas de campaña y las grabaciones de sus llantos dando la vuelta al mundo fueron el detonante para que la sociedad se percatara de una situación por demás aberrante justo en pleno siglo XXI. Así que California, como estado

⁴⁶ Las autoridades norteamericanas insisten en construir un muro en la frontera “es más que sólo un muro, es un sistema de muro transfronterizo”. “Los expertos (*sic.* norteamericanos) han concluido que el muro es absolutamente necesario para asegurar la frontera y que si funciona”. Brooks, David, “Baja migración 56%, pero EU insiste en que México sea declarado tercer país seguro”, *La Jornada*, 10 de septiembre de 2019, p. 10.

En el mismo tenor, la administración Trump ha enviado cartas a docenas de residentes en California, Nuevo México y Texas, expresando que el gobierno inspeccionará sus tierras para ver el tema del muro fronterizo, se pergeña la idea de que el gobierno puede adquirir tierras privadas para uso público. Disponible en: https://www.cnn.com/2019/11/21/politics/eminent-domain-border-wall/index.html?utm_source=CNN+Five+Things&utm_campaign=ac4ab0bc3f-EMAIL_CAMPAIGN_2019_11_22_03_04&utm_medium=email&utm_term=0_6da287d761-ac4ab0bc3f-100712849 (noviembre 22 de 2019).

⁴⁷ Un relato pormenorizado de lo acontecido lo podemos ver en la decisión United States District Court Southern District of California, Case No. 18cv0428 DMS (MDD) Order Granting Plaintiffs Motion for Classwide Preliminary Injunction, del 26 de junio de 2018, donde se habían ordenado una serie de medidas dirigidas a facilitar la comunicación regular entre los niños y niñas con sus padres y lograr la reunificación en plazos específicos; el último se venció el 26 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.politico.com/f/?id=00000164-3f39-d1bc-afef-7fbbdf010001>.

Los documentos judiciales exponen con crudeza cómo el gobierno actuaba sin un plan definido mientras colocaba a niños de escasa edad en una vía legal totalmente separada de la de sus padres. Las autoridades no saben con certeza dónde están algunos adultos —por ejemplo, algunos excarcelados— ni cuántos niños fueron exactamente separados de sus padres. La administración también reconoce la dificultad de contactar a un adulto cuando ya ha sido deportado a su país de origen, mientras su hijo, con el que emprendió el peligroso periplo desde Centroamérica, sigue en Estados Unidos. Y advierte que algunas pruebas de ADN no han sido concluyentes, disponible en: www.elpais.es, julio 7 de 2018.

santuario y uno de los estados con más migración, no se quedó sin pronunciarse.⁴⁸

Un fallo judicial de 1997 de gran calado y significado —ratificado después por otras sentencias—, conocido como Acuerdo Flores, estableció que ningún niño puede permanecer en un centro de detención más de 20 días aunque esté con sus padres.⁴⁹ Con la nueva política de separación de los menores, este límite ya no afectaba a sus progenitores. La orden ejecutiva mencionada, firmada el 20 de junio 2018, instó al fiscal general a solicitar

⁴⁸ El Gobierno intentó, a través de una demanda, acabar con la ley santuario en el estado de California, la que permite que ninguna agencia policial del estado pueda colaborar con la policía de inmigración federal. Sin embargo, el juez federal de Sacramento, John Méndez, respaldó dos de las tres normas que protegen a los indocumentados, dándole una victoria a California contra la administración federal.

Este triunfo al ataque legislativo de Trump es de un enorme simbolismo. California, donde se calcula que vive una cuarta parte de los 11 millones de indocumentados del país, fue el primer estado santuario, y al que el fiscal general, Jeff Sessions, quien suele hacer citas bíblicas cuando defiende las políticas migratorias como la tolerancia cero, le ha declarado la guerra por sus medidas protectoras con los inmigrantes ilegales. La decisión de Méndez deja intacta la política de que las agencias policiales locales y estatales tengan prohibido indagar el estatus migratorio de las personas, colaborar en los operativos de la agencia de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) y transferir a los detenidos por faltas menores.

No obstante, el juez aclaró que no se puede multar a dueños de empresas o fábricas con 10,000 dólares por permitir la entrada de ICE o porque accedan a los documentos migratorios de los empleados. Disponible en: www.elpais.es, julio 7 de 2018.

⁴⁹ El acuerdo toma su nombre por Jenny Lisette Flores, una niña de 15 años de El Salvador. Huyó de su país en 1985 e intentó ingresar a los Estados Unidos para estar con su tía. El INS la arrestó en la frontera y la colocaron en un centro de detención juvenil, donde fue esposada y registrada, según la *Marquette Law Review*. El INS se negó a otorgarle a su tía la custodia de Jenny porque no entregaría menores a “adultos terceros”, según el artículo de revisión de la ley. La Unión Estadounidense de Libertades Civiles presentó una demanda colectiva en nombre de la niña y otros menores, lo que finalmente condujo al acuerdo Flores durante la administración Clinton.

Durante años, las personas criticaron al INS, diciendo que no había implementado completamente las regulaciones establecidas por el acuerdo Flores, según el informe del Servicio de Investigación del Congreso.

Cinco años después del acuerdo, la Ley de Seguridad Nacional de 2002 dividió las responsabilidades de procesar y cuidar a los niños inmigrantes. Sin embargo, preocupaba que no se cumplieran las regulaciones. En 2008, el Congreso aprobó la Ley de Reautorización de Protección de Víctimas de Tráfico de William Wilberforce.

En 2015, la juez federal de distrito, Dolly Gee, dictaminó que los requisitos de Flores se aplican tanto a menores no acompañados como a niños detenidos con sus padres, lo que significa que todos los menores deben ser liberados de la detención si es posible.

la marcha atrás de ese acuerdo y el plazo, planteando acelerar los procesos judiciales para las familias, e instó al Departamento de Defensa a facilitar instalaciones para albergarlas.

Aun con precedentes como el Acuerdo Flores, la realidad perpetúa inconsistencias, así, por su oportunidad, creemos que es interesante delinear ciertas “particularidades” que derivan del estatus de nacionalidad de los hijos menores de padres deportados, y de esta manera podemos considerar:

- a) Hijos ciudadanos o nacidos en los Estados Unidos de padres deportados (*US citizen children of deported parents*), quienes, en su interés superior, son puestos bajo custodia después de la deportación de un padre para ser reunificado con ese padre en su país de origen, los cuales obtienen evaluaciones integrales del padre, o cuidador potencial en otro país, así como una evaluación de los recursos disponibles que le dan para su ubicación, que es un paso crucial en la toma de decisiones.
- b) Hijos no nacidos o ciudadanos en los Estados Unidos de padres deportados (*non-US citizen children of deported parents*), los cuales son retenidos después de la detención o deportación de un padre, corriendo un riesgo mayor porque no están sujetos a los mismos derechos y servicios que los niños nacidos en Estados Unidos; específicamente, niños que les tocó sufrir la política de “tolerancia cero” y no sólo se les separa, sino que son procesados como menores no acompañados y deben ser entregados al cuidado de un hogar de acogida temporal o a un hogar temporal de la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) dentro de los 20 días y mientras se espera el proceso de deportación, lo que puede llevar varios años debido a los atrasos actuales.
- c) Menores no acompañados (*unaccompanied minor children*), los cuales, en su mayoría, no reciben un ajuste del estado migratorio y, como resultado, miles de menores indocumentados en los Estados Unidos están sujetos a la aplicación de la ley de inmigración con riesgo de detención y deportación.⁵⁰

⁵⁰ ISS, Developing Sustainable Repatriation and Reintegration Programs for Children and Families Separated by Borders, julio de 2018, p. 3.

Reiteramos el comentario vertido en páginas anteriores de torno a la propuesta de un mediador intercultural para esta minoridad desamparada, bajo la idea de que no basta ya con un abogado, tutor o guardián, tal y como se tiene contemplado, sobre el papel solo, hasta la fecha, sino una figura que pueda tener no solamente la formación específica, sino el respaldo de

Pero la situación no queda en los acontecimientos tan lamentables acontecidos en 2018. La segunda quincena de agosto de 2019 presentó aún más desafíos para los migrantes en los Estados Unidos. El presidente Trump anunció, el 21 de agosto de ese año, una nueva regulación que permitiría detener a las familias migrantes más allá del límite de 20 días para retener a los niños. Los funcionarios de la administración Trump expresaron que la medida tiene como objetivo evitar que las familias abusen de una ley, digamos, permisiva, pues saben que si ingresan a los Estados Unidos con niños, serán liberados antes. La decisión reemplazaría el mencionado Acuerdo Flores,⁵¹ que no sólo limita el tiempo de detención de un menor a los ya establecidos 20 días, sino que también describe los estándares mínimos de atención para inmigrantes en centros de detención.⁵²

las autoridades involucradas que haga una efectiva protección integral e internacional de los menores migrantes no acompañados. González Martín, Nuria, “Vulnerable Migrants...”, *cit.*

⁵¹ El Acuerdo *Flores v. Reno* de 1997 ha aparecido en los titulares recientemente, ya que el gobierno de los Estados Unidos ha criticado la separación de los niños inmigrantes de sus padres. El acuerdo limita el periodo de tiempo y las condiciones bajo las cuales los funcionarios estadounidenses pueden detener a niños inmigrantes.

El lunes 19 de agosto de 2019, un juez federal en California rechazó el intento del Departamento de Justicia de modificar el acuerdo al solicitar más tiempo para detener a los niños que los 20 días que actualmente se permiten. La administración Trump solicita que los niños sean retenidos con sus padres en las instalaciones de Inmigración y Control de Aduanas, en lugar de las instalaciones autorizadas requeridas por el acuerdo.

También requiere que los funcionarios de inmigración den a los menores detenidos una cierta calidad de vida, que incluye alimentos, agua potable, asistencia médica en emergencias, baños, lavabos, control de temperatura, supervisión y tanta separación de adultos no relacionados como sea posible, según un Informe del Servicio de Investigación del Congreso.

Durante la década de 1980, la antigua agencia gubernamental Servicio de Inmigración y Naturalización, fue acusada de maltratar a niños inmigrantes, según el informe del Servicio de Investigación del Congreso, lo que resultó en una serie de demandas que dieron lugar al acuerdo de conciliación de Flores.

⁵² Hablando de estándares mínimos de atención, la Aduana y Protección Fronteriza de los Estados Unidos confirmó que no vacunará a los migrantes detenidos contra la gripe. El 20 de mayo de 2019 un menor guatemalteco de 16 años, Carlos Gregorio Hernández Vásquez, murió en la celda de una estación de la patrulla fronteriza en Welasco, Texas, enfermo de influenza. Allí permaneció seis días en cuarentena, en lugar de ser llevado al hospital. La falta de control sanitario se evidencia en éste y en los cinco niños fallecidos desde diciembre de 2018 a diciembre 2019 después de haber sido detenidos por las autoridades estadounidenses. Disponible en: https://www.cnn.com/2019/05/20/politics/migrant-child-dies-in-government-custody/index.html?utm_source=CNN+Five+Things&utm_campaign=bb46c950c8-

De esta manera, igualmente, tenemos que, a finales de agosto de 2019, aumentaron las declaraciones controvertidas por parte del presidente estadounidense. Éste expresó que estaba considerando “seriamente” la posibilidad de poner fin a la ciudadanía estadounidense por derecho de nacimiento, a pesar de que tal medida enfrentaría un desafío legal inmediato, manifestándose en absoluto desacuerdo con el precedente de la Suprema Corte y el texto de la Decimocuarta Enmienda constitucional —aunque es cierto que ésta no es la primera vez que el presidente Trump ha hablado sobre terminar el proceso por el cual los nacidos en el país se convierten automáticamente en ciudadanos—. ⁵³ La capacidad de un presidente para poner fin a la ciudadanía por derecho de nacimiento ha sido ampliamente cuestionada por una variedad de legisladores y académicos.

El número de familias y niños detenidos en la frontera sur de Estados Unidos, en los últimos tiempos, ha sido realmente ascendente. Hasta septiembre de 2019 más de 430,000 miembros de familias migrantes han sido arrestados por cruzar la frontera ilegalmente, en comparación con alrededor de 100,000 durante todo el año anterior. ⁵⁴ El aumento se debe, en parte, al incremento de solicitantes de asilo. Por otro lado, Estados Unidos continúa en vías de no admitir refugiados en el país; el Departamento de Estado, en particular desde los últimos meses de 2019, ha estado retrasando sistemáticamente la admisión de refugiados. La administración Trump ha propuesto limitar el número de refugiados permitidos en los Estados Unidos, el próximo año fiscal, en 18,000, un mínimo histórico. Pero hasta que el presidente firme el límite, no se admitirán nuevos refugiados. Ello refleja todo el movimiento en torno a la solicitud de Estados Unidos a México para ser “tercer país seguro”. ⁵⁵

EMAIL_CAMPAIGN_2019_12_05_07_44&utm_medium=email&utm_term=0_6da287d761-bb46c950c8-100712849 (fecha de consulta: 6 de diciembre de 2019).

⁵³ Disponible en: https://www.cnn.com/2019/08/21/politics/trump-birthright-citizenship-14th-amendment/index.html?utm_source=CNN+Five+Things&utm_campaign=e1ee921e21-EMAIL_CAMPAIGN_2019_08_22_04_56_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_6da287d761-e1ee921e21-100712849.

⁵⁴ La administración Trump planea derivar fondos, destinados para casos de desastre (unos 155 millones de dólares) de la Federal Emergency Management Agency, para apoyar la política de retorno de los migrantes a México. Disponible en: <https://www.cnn.com/2019/10/29/politics>.

⁵⁵ Brooks, David, *op. cit.*, p. 10. Estados Unidos asegura que todavía discute con México un acuerdo de tercer país seguro para solicitantes de asilo, a pesar de que el gobierno mexicano

En el mismo sentido, la administración Trump estaría cerca de cerrar un acuerdo con Guatemala que limitaría quién es elegible para el asilo en los Estados Unidos. Según el acuerdo, Guatemala actuaría como un “tercer país seguro” y se comprometería a ofrecer asilo a los migrantes que lo soliciten. La ley de Estados Unidos permite a los migrantes solicitar asilo una vez que llegan a territorio estadounidense, pero existe una advertencia si los migrantes viajan a través de países que se consideran seguros según los acuerdos con los Estados Unidos (Canadá también es uno de ellos desde 2002). El acuerdo con Guatemala es parte de los esfuerzos de la administración para frenar el número de solicitantes de asilo, y en virtud del mismo, los que ya estén en el país podrían ser enviados a Guatemala. Los defensores de inmigrantes sostienen que este tipo de acuerdos ponen a los migrantes en peligro y traicionan el compromiso de los Estados Unidos de proteger a las poblaciones vulnerables. En síntesis, el acuerdo es parte de un esfuerzo concertado de la administración para frenar el flujo de solicitantes de asilo a los Estados Unidos.⁵⁶

Una vez que el acuerdo esté implementado y la logística se haya confirmado, Estados Unidos comenzará a transferir algunos migrantes que buscan asilo a Guatemala para buscar protección allí. Pero hay algunas excepciones, como problemas médicos y niños no acompañados.⁵⁷ Así, en noviembre de 2019 el gobierno de Donald Trump inició deportaciones bajo su nuevo con-

reitera que eso es inaceptable. Las autoridades norteamericanas confirman que más de 42 mil solicitantes de asilo no mexicanos fueron devueltos con el programa Permanecer en México (su nombre formal es Protocolos de Protección de Migrantes, MPP, por sus siglas en inglés). Después de que Trump amenazara a México con imponer aranceles si no frenaba el creciente flujo de migrantes, se negoció un acuerdo bilateral en junio que incluía el despliegue de la recién formada Guardia Nacional en puntos fronterizos como la ampliación del plan Permanecer en México a toda la frontera por donde Estados Unidos obligaba a solicitantes de asilo (no mexicanos) a esperar la resolución de sus casos. Véase, Ortega Velázquez, Elisa, *¿México como tercer país (in)seguro? El asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 13, disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/150>.

⁵⁶ Alvarez, Priscilla y Sands, Geneva, “US Close to Implementing Asylum Agreement with Guatemala”, *CNN Politics*, octubre 23 de 2019, disponible en: <https://www.cnn.com/2019/10/23/politics/us-asylum-agreement-guatemala>.

⁵⁷ No hay datos certeros del número de migrantes que Guatemala aceptará y cuántos estarán sujetos a transferencia; incluso el acuerdo aún está pendiente de firma, al igual que su posterior vigencia. Por otra parte, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados

venio de asilo de “tercer país seguro” con Guatemala. Esencialmente, como expresamos, el acuerdo permite a los Estados Unidos rechazar a los solicitantes de asilo legítimos y redirigirlos a otro país aprobado para presentar su caso. Hasta ahora parece que sólo una persona ha sido deportada bajo el nuevo sistema, entonces pareciera que el programa se está implementando de manera “gradual”.⁵⁸

El pacto con Guatemala fue el primero de una serie de acuerdos similares con países centroamericanos. En el año fiscal 2019, Aduanas y Protección Fronteriza detuvieron y consideraron inadmisibles a casi un millón de personas, la mayoría de los cuales eran de países de Centroamérica: Guatemala, El Salvador y Honduras.

Al revisar el ligamen de la protección debida, internacional e integral, una vez más, a la comunidad relativa a la minoridad que cruza fronteras, en esta ocasión referida a los acontecimientos iniciados en abril de 2018 en la frontera norte de México y los Estados Unidos al separar a los hijos de sus padres y/o cuidadores,⁵⁹ vemos que hay un deber de enfrentar la realidad, y que es responsabilidad del gobierno proteger a las familias vulnerables sin importar si permanecen en Estados Unidos o si se ven obligadas a irse.⁶⁰ Es responsabilidad de cada país proteger a los niños donde sea que estén, independientemente de su origen.⁶¹ Se deben implementar en la legislación disposiciones sólidas, bajo un modelo colaborativo y coordinado, para iden-

define “país seguro”, en parte, como “países en los que los refugiados pueden disfrutar del asilo sin ningún peligro”.

⁵⁸ Disponible en: https://www.cnn.com/2019/11/21/politics/guatemala-asylum-agreement/index.html?utm_source=CN+Five+Things&utm_campaign=ac4ab0bc3f-EMAIL_CAMPAIGN_2019_11_22_03_04&utm_medium=email&utm_term=0_6da287d761-ac4ab0bc3f-100712849 (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2019).

⁵⁹ Hacemos notar, en este momento, el hecho de la amplia crítica por parte de una doctrina mayoritaria hacia las deficiencias en el sistema legal de los Estados Unidos cuando se trata de los derechos de los niños ciudadanos del país a ser cuidados por sus padres inmigrantes no documentados. Véase Hall, C. E., “Where Are My Children... and my Rights? Parental Rights Termination as a Consequence of Deportation”, *Duke Law Journal*, vol. 60, 2011, pp. 1459 y ss.

⁶⁰ ISS, Developing Sustainable Repatriation and Reintegration Programs for Children and Families Separated by Borders, julio de 2018, p. 4, disponible en: <http://cimcw.org/wp-content/uploads/ISS-Practice-Brief.pdf>.

⁶¹ Hablamos de la protección de los derechos humanos —que las leyes nacionales e internacionales les reconocen— y de los obstáculos para dicha garantía, en los que se incluyen la ausencia de perspectiva de niñez en la aplicación de la normativa en materia de migración,

tificar, apoyar y reintegrar a los niños vulnerables.⁶² No queremos menores migrantes que encuentren un camino más traumático que el que dejaron atrás en sus países de origen.⁶³

En este caso puntual, familias que buscan cruzar fronteras, es notorio que las políticas norteamericanas tienen la tendencia de socavar, pareciera que sistemáticamente, derechos humanos de su población migrante.

IV. CONCLUSIONES

Definitivamente, el panorama migratorio ha ido cambiando, en el tiempo y en el espacio, y con relación a la minoridad no acompañada, las familias y el contexto México y Estados Unidos, el cambio es más que patente.⁶⁴

la carencia de garantías básicas de debido proceso y de un enfoque que considere su calidad de menores en los procedimientos migratorios, entre otros.

⁶² ISS, *Children on the Move. From Protection towards a Quality Sustainable Solution. A Practical Guide*, disponible en: <http://iss-blog.iss-usa.org/> (próximamente en español también). La importancia de este magnífico manual es fundamental ante la ausencia de una verdadera estructura de actuación transfronteriza, ni desde la norma ni desde la práctica. El valor del manual, junto con su difusión, es crucial; véase tan sólo cómo se invita a los abogados a que se involucran en dichos temas representando a los menores, que actúen como tales y no como trabajadores sociales o *case managers*, los cuales ya realizan su tarea. Coordinación y colaboración entre los diferentes interlocutores y no incursión en áreas que no les corresponden.

⁶³ A las razones por las que dejaron sus países: guerras, violencia doméstica, pobreza, cambio climático y sequía (que agravan dichos niveles de pobreza), víctimas de tráfico, persecución religiosa, forzados a contraer matrimonio, desastres naturales, reagrupación familiar e incluso mejores oportunidades de estudio o de trabajo, entre otras, se unen los riesgos que van implícitos en este movimiento o migración: detención, explotación sexual, explotación laboral, reclutamiento de pandillas, abuso y violencia, malnutrición, adicciones, muerte o daños serios, entre otros. Situaciones que llegan a ser, en muchos casos, de mayor dimensión que aquellas de las que huyeron de sus países de origen.

Para un panorama en torno al tema en general véase Unicef, *A Child is a Child. Protecting Children on the Move from Violence, Abuse and Exploitation*, Nueva York, Unicef, 2017; Unicef, *Broken Dreams. Central American Children's Dangerous Journey to the United States*, Ginebra, Unicef, 2016.

⁶⁴ Disponible en: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/visa-law0/vis-statitics/nonimmigrant-visa-statistics.html>. "Total Illegal Alien Apprehensions by Month", disponible en: www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2019-Mar/bp-total-monthly-apps-sector-area-fy2018.pdf (fecha de consulta: 28 de agosto de 2019); Patrulla Fronteriza de Estados Unidos,

La migración forzada, no tanto de trabajadores temporales que se trasladan solos, sino de migrantes mujeres, familias completas y menores no acompañados marcan la diferencia; ya no es una migración económica, es una migración que huye de fenómenos violentos muy variados, una migración que llega para quedarse, en donde la movilidad de mexicanos se une a la migración centroamericana y de otros contextos, como el haitiano, el cubano o el venezolano, entre otros.

México, derivado de lo anterior, se constituye no sólo en país de tránsito y origen, sino también de destino. Las últimas cuatro oleadas de caravanas, desde octubre de 2018 a enero de 2020, han sido testigo de ello: 1) una primera caravana que inicia en el territorio de origen de los migrantes —como una primera característica—, en este caso en Honduras, y continúa por Tapachula, Chiapas, en octubre 2018 (se conceden solicitudes de refugiados); 2) como respuesta a esta primera oleada, y aumentando en volumen —una segunda característica—, se constituye la siguiente caravana en enero 2019 (se conceden visas humanitarias masivas); 3) una tercera caravana a finales de abril de 2019, con una presencia aún mayor de mujeres, niños, niñas y jóvenes —tercera característica— (se conceden visas de visitante transfronterizo por siete días), y 4) una última caravana, enero de 2020, en donde la cobertura de los medios de comunicación sigue tomando un papel relevante desde la primera caravana —constituyendo una cuarta característica— (los migrantes traen consigo oficios de apatridia, en 20 días tienen que salir del país). La participación de una variedad significativa de interlocutores hacen, además, de estas oleadas de caravanas una diferencia tal, donde migrantes y deportados, organizaciones no gubernamentales y gubernamentales, medios de comunicación, entre otros, marcan y hacen visible la crisis humanitaria migratoria forjada por políticas de cerrazón.

Si las caravanas no era el objeto de este trabajo, las circunstancias de actualidad las traen a colación, y vemos que junto a ellas, la migración ha transitado por numerosos trazos que, lamentablemente, se reiteran, desde la empatía y

“Total Family Unit Apprehensions by Month”, disponible en: www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2019-Mar/bp-total-monthly-family-units-sector-fy13-fy18.pdf (fecha de consulta: 28 de agosto de 2019); Patrulla Fronteriza de Estados Unidos, “Total Unaccompanied Alien Children (0-17) Apprehensions by Month”, disponible en: www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2019-Mar/bp-total-monthly-uacs-sector-fy2010-fy2018.pdf (fecha de consulta: 28 de agosto de 2019); CBP, “Southwest Border Migration FY 2019”, disponible en: www.cbp.gov/newsroom/stats/sw-border-migration, actualizado el 9 de septiembre de 2019.

la tolerancia con rasgos de xenofobia hasta la contención y detección militarizada, donde se vislumbra un escenario desolador y más que preocupante.

Lo que impacta en la frontera sur repercute en la frontera norte, y así, por ejemplo, en Tijuana y Baja California, en 2020, hay una migración de la denominada histórica: junto con el migrante retornado o expatriado, el migrante interno y aquellos migrantes que desean ingresar bajo el Protocolo de Protección a la Población Migrante (Migrant Protection Protocols, MPP, por sus siglas en inglés, o también denominados Remain in Mexico Policy), que cubre a aquella población migrante no mexicana —centroamericanos, básicamente— de entre 18 y 60 años de edad, de habla hispana y que ingresa a través de la frontera sur de México; que sufre un “proceso”, pareciera sin fin y sin solución positiva, en donde migrantes irregulares y solicitantes de asilo deben esperar en México sus resoluciones. De 56,000 solicitudes bajo el MPP, 24,000 se resolvieron, y sólo un 1% tuvo respuesta positiva,⁶⁵ todo ello sin mencionar el lapso transcurrido desde que se inició este programa o la vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes ante la visibilidad que les dan a los carteles, con los consecuentes secuestros, asesinatos, extorsiones o tráfico de personas. La vulnerabilidad en su máxima potencia, una vez más.

Un solicitante de asilo, en una entrevista, expresó que los carteles pueden decir quién acaba de regresar de los Estados Unidos después de sus trámites, por sus zapatos sin cordones y las carpetas color manila y documentos que llevan consigo. Alrededor de 60,000 migrantes han sido devueltos a México bajo esta política de “Permanecer en México” de la Administración Trump, que requiere que los solicitantes de asilo esperen fuera de las fronteras de Estados Unidos mientras se procesan sus casos,⁶⁶ como una alternativa para la no separación de familias o una forma de reducir la sobrepoblación en los centros de detención, pero lo que en definitiva logra, y es su fin principal, es contener esta población migratoria solicitante de asilo.

⁶⁵ Gandini, Luciana y Fernández de la Reguera, Alethia, “Exposición de investigación y experiencia sobre el fenómeno y la crisis migratoria actual”, invitadas en la Agenda de Deliberación Institucional que tuvo lugar el día 13 de febrero de 2020, en la sala Guillermo Florís Margadant del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁶⁶ Disponible en: https://www.cnn.com/2019/12/01/world/mexico-asylum-seekers-letters/index.html?utm_source=CNN+Five+Things&utm_campaign=f1a2c171f6-EMAIL_CAMPAIGN_2019_12_02_02_32&utm_medium=email&utm_term=0_6da287d761-f1a2c171f6-100712849.

La situación de las familias y menores no acompañados descrita en estas páginas se une a la evidencia que detona la mencionada última caravana de enero de 2020, ya que ésta marca una diferencia con respecto a las pasadas; desde el número de migrantes, la “modalidad” de migrante, la grave situación de Honduras, el mandato de Donald Trump, la creciente animadversión en México en cuanto a la recepción de migrantes, el desbordamiento de las autoridades, la tibia respuesta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, como muestra de una situación que incide, directamente, en la frontera norte con un pronóstico no muy esperanzador.

Si bien esta es la realidad, la práctica que se da rutinariamente, no nos anclamos en la solicitud que la teoría nos lanza en relación con nuestra minoridad más vulnerable; es decir, los Estados están obligados, bajo el principio de no discriminación, a respetar y garantizar los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño a

...todas las infancias ocultas tras la nomenclatura de niñez migrante, independientemente de que se les considere migrantes en situación regular o irregular, niños de la calle, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y/o víctimas de trata, incluso en situaciones de retorno o deportación al país de origen, independientemente de la nacionalidad del niño o de los padres o tutores legales, la condición migratoria o la apatridia.⁶⁷

La primacía de los derechos del niño en el contexto de migración internacional debe ser aplicada por los Estados e incorporar el marco jurídico internacional de la niñez migrante a sus políticas, a sus prácticas y a todas las medidas adoptadas por éstos.⁶⁸

⁶⁷ Los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, y las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, son definidos en las observaciones generales núm. 22 y núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Committee on the Rights of the Child, Joint General Comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the General Principles Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration, 2017, p. 3. Citado por Serrano Sánchez, Lucia, *op. cit.*

⁶⁸ Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families. Committee on the Rights of the Child, Joint General Comment No. 3 of the

Nos negamos a pensar que todo queda por escrito y nada se aterriza en la práctica. Por ello somos defensores a ultranza de esta lucha tan necesaria como urgente, si bien, conscientes de lo que el mensaje enviado expresa claramente, en donde pareciera que los objetivos están volcados no sólo hacia un ataque político, sino hacia un ataque al ser humano *per se*; es decir, la intención de desmoralizar, vencer al migrante para que abandone su lucha por sus derechos. Y así es, lo vemos desde la política de “tolerancia cero”; la separación familiar; incluso la velada intención antimigratoria de la Declaración Conjunta México-Estados Unidos, con los aumentos arancelarios para las exportaciones de productos mexicanos; la medida o limitación de solicitudes de asilo en un puerto de entrada “Port of Entry”; el denominado Acuerdo de Cooperación de Asilo (Asylum Cooperation Agreement, ACA, por sus siglas en inglés);⁶⁹ el protocolo para “Permanecer en México” (MPP);⁷⁰ los acuerdos de “tercer país seguro” que no son más que otra argucia por parte de los Estados de destino para disminuir el número de solicitantes de asilo en sus territorios, evadiendo su obligación de protección internacional y derivándola a otro Estado, el cual, y lo sabemos todos, no puede hacer frente, con las consecuencias lamentables que ello conlleva.

Ahora, en momentos de pandemia de covid-19 en este 2020 que pasó, parece que el tiempo se detiene; los inmigrantes ya no son el peligro realmente importante o, al menos, el más inminente, porque la vida es primero y el resto puede esperar. Pero esto no es así, hay que seguir protegiendo a los más vulnerables porque los compromisos internacionales siguen vigen-

Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

⁶⁹ Se debe solicitar asilo en uno de los países a los que viajó antes de solicitar asilo en los Estados Unidos; destinado a centroamericanos, se aplica a los solicitantes de asilo que llegaron a la frontera sur antes del 16 de julio de 2019 y está justificado por la sección 208 (a) (2) (A) del INA. En cuanto a este proceso, iniciado en 2016 y en el que se limita la cantidad de personas que pueden solicitar asilo en una entrada de puerto cada día, véase *Al otro lado v. Wolf*, presentado en noviembre de 2017. El 19 de noviembre de 2019 aquellos que estaban en la *metering list* (lista de medición) antes del 16 de julio de 2019, cuando la Transit Ban entró en vigor, están protegidos por la misma prohibición de tránsito. El Centro Robert Strauss de la Universidad de Texas realiza y circula informes de medición trimestrales.

⁷⁰ Subrayamos los esfuerzos de apoyo para personas sujetas a MPP, tales como talleres profesionales con la organización no gubernamental “Al otro lado”, en Tijuana, Baja California, o la “Court Observation”, como ocurre en San Antonio, para observar las audiencias en carpas en Laredo.

tes. El primer principio del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, emitido por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, establece que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, así como a los preceptos de la propia Ley de Migración mexicana, artículos 107 y 109, que indican que los extranjeros presentados ante el Instituto Nacional de Migración tienen el derecho de permanecer en un espacio digno y sano hasta que se resuelva su situación migratoria.

Asimismo, se advierte la necesidad de adoptar medidas cautelares en todas las instalaciones que alberguen personas en contexto de migración; es decir, evitar hechos violatorios que afecten la salud, la integridad, la seguridad y la vida de las personas alojadas en ellas, entre las que se encuentran niñas, niños, adolescentes, mujeres y personas adultas mayores. Y como hablamos del covid-19 y su propagación, se incluyen las medidas necesarias que protejan igualmente al personal que labora en las propias instalaciones y visitas en general, donde se incluyen organizaciones civiles, entre otras.

Vayamos más lejos aún, ante el cierre de fronteras, a los migrantes detenidos en los centros —y a los extranjeros varados en territorio mexicano—, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales, se les debe gestionar los acuerdos internacionales que implementen mecanismos que faciliten la digna y sana repatriación de los mismos: México firmó, el 5 de mayo de 2006, el Memorandum de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República de El Salvador, de la República de Guatemala, de la República de Honduras y de la República de Nicaragua para la Repatriación Digna, Ordenada, Ágil y Segura de Nacionales Centroamericanos Migrantes Vía Terrestre. El valor de la vida de todos, migrantes dentro y fuera de las estaciones migratorias, no son la excepción.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ, Priscilla y SANDS, Geneva, “US Close to Implementing Asylum Agreement with Guatemala”, *CNN Politics*, octubre 23 de 2019, dis-

ponible en: <https://www.cnn.com/2019/10/23/politics/us-asylum-agreement-guatemala>.

BUSTAMANTE, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002.

CALDWELL, B., “Deported by Marriage. Americans Forced to Choose between Love and Country”, *Brook Law Review*, vol. 82, 2016.

COLLINS, Kristin A., “Illegitimate Borders: *ius sanguinis* Citizenship and the Legal Construction of Family, Race, and Nation”, *The Yale Law Journal*, vol. 123, núm. 7, mayo de 2014.

DOUGLAS, G. et al. (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018.

FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Alethia et al., “Caravanas migrantes: las respuestas de México”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, Opiniones Técnica sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 8, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5804-caravanas-migrantes-las-respuestas-de-mexico-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-8>.

FOSTER, C. H., “Anchor Babies and Welfare Queens: An Essay on Political Rhetoric, Gendered Racism, and Marginalization”, *Women, Gender, and Families of Color*, Estados Unidos, vol. 5, núm. 1, primavera de 2017.

GAUDEMONT-TALLON, H., “*Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille*”, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon/Un engagement au service du Droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Amberes-Portland, Intersentia, 2013.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Apuntes desde el derecho internacional privado relacionados con los «niños dejados atrás»: especial consideración a los menores no acompañados y familias separadas”, en Pérez Contreras, Montserrat y Macías y Pérez, Elisa (coords.), *Derechos humanos, migración y desplazamiento forzado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Derecho de nacionalidad en los Estados Unidos de América”, en LARA, María Ángeles (coord.), *Normativas de nacionalidad en derecho comparado*, Granada, Tirant lo Blanch, 2020.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Globalización familiar: nuevas estructuras para su estudio”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019, t. I.

- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Vulnerable Migrants: Mediation for Unaccompanied Minors in the Border between US/Mexico”, *Newsletter Weinstein International Foundation*, 2020.
- GONZÁLEZ VICENTE, P., “Cuestiones internacionales en derecho de familia”, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. La voz del derecho de familia*, Madrid, AEAFA, 2017.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica y ESPLUGUES MOTA, Carlos (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- HACKER, D., *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Cambridge University Press, 2017.
- HALL, C. E., “Where Are My Children... and my Rights? Parental Rights Termination as a Consequence of Deportation”, *Duke Law Journal*, vol. 60, 2011.
- KIM, J. K. *et al.*, “Genderacing Immigrant Subjects: «Anchor Babies» and the Politics of Birthright Citizenship”, *Social Identities*, vol. 24, núm. 3 mayo de 2018.
- LAKOSIL, N., “The Flores Settlement: Ripping Families Apart under the Law”, *Golden Gate U. L. REv*, vol. 48, 2018.
- LOWE, N. y DOUGLAS, G., *Families across Frontiers*, La Haya, Martinus Nijhoff, L, 1996.
- MUIR WATT, Horatia, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit international privé)”, en CALVO CARAVACA, A. e IRIARTE, Ángel, J. (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001.
- NGAI, Mae M., “Birthright Citizenship and the Alien Citizen”, *Fordham Law Review*, núm. 5, abril de 2007.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *¿México como tercer país (in)seguro? El asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 13, disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/150>.
- PRICE, Polly J., “Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin’s Case (1608)”, Yale.
- SERRANO SÁNCHEZ, Lucía, “Vulneraciones y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia migrante no acompañada en España y El Salvador”, tesis doctoral, Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada, España, defensa: 9 de

julio de 2019, tesis inédita y premio a mejor tesis doctoral, Universidad Internacional de La Rábida.

SPIRO, P. J., *Report on Citizenship Law: United States of America*, EUDO Citizenship Observatory, julio de 2015, disponible en: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36498/EUDO_CIT_CR_2015_13_USA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

TIFFANY, Joseph, “Anchor Babies and the Challenge of Birthright Citizenship”, *Contemporary Sociology*, vol. 47, núm. 6, noviembre de 2018.

UNICEF, *A Child is a Child. Protecting Children on the Move from Violence, Abuse and Exploitation*, Nueva York, Unicef, 2017.

UNICEF, *Broken Dreams. Central American Children’s Dangerous Journey to the United States*, Ginebra, Unicef, 2016.

¿Son los Estados Unidos un paraíso fiscal?

Are the United States a Tax Heaven?

Les États-Unis sont un paradis fiscal?

David Moussali Cole*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los paraísos fiscales y su relación con la legislación mexicana*. III. *Análisis de las razones de por qué los Estados Unidos son un régimen fiscal preferente*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2332-9277>, dmoussali@gmail.com.

Artículo recibido el 19 de junio de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 665-701
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: La reforma fiscal de los Estados Unidos de América, que entró en vigor en 2018, ha traído varios cambios relevantes, dentro de los cuales el más importante consiste en la disminución de la tasa del impuesto sobre la renta corporativo federal del 35% al 21%. Lo anterior trae como consecuencia que, conforme al artículo 176 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos puedan ser considerados un régimen fiscal preferente. Asimismo, se analiza la posibilidad de que los Estados Unidos sean clasificados como un paraíso fiscal por su reticencia a entrar en el CRS de la OCDE y por el trato inequitativo que da a los países que colaboran con dicho país en relación con FATCA.

Palabras clave: paraísos fiscales, régimen fiscal preferente, Estados Unidos, intercambio de información, tasa del impuesto sobre la renta.

ABSTRACT: The Tax Reform of the United States of America that came into force in 2018 has brought several relevant changes, the most important of which is the reduction of the federal corporate income tax rate from 35% to 21%. The foregoing results in that, according to Article 176 of the Income Tax Law of the United Mexican States, is that the United States of America may be considered a preferential tax regime. Likewise, the possibility of the United States being classified as a tax haven is analyzed due to its reluctance to enter into the OECD CRS and due to the unequal treatment it gives to the countries that collaborate with that country in relation to FATCA.

Key words: tax havens, preferential tax regime, United States, information exchange, income tax rate.

RÉSUMÉ: La réforme fiscale des États-Unis d'Amérique qui est entrée en vigueur en 2018 a apporté plusieurs changements importants, dont le plus important est la réduction du taux fédéral d'imposition des sociétés de 35% à 21%. Ce qui précède a pour conséquence que, conformément à l'article 176 de la Loi de l'impôt sur le Revenu des États-Unis du Mexique, les États-Unis d'Amérique peuvent être considérés comme un régime fiscal préférentiel. De même, la possibilité que les États-Unis soient classés comme paradis fiscal est analysée en raison de leur réticence à entrer dans le CRS de l'OCDE et du traitement inégal qu'il accorde aux pays qui collaborent avec ce pays dans le cadre de la FATCA.

Mots-clés: paradis fiscal, régime fiscal préférentiel, États-Unis, échange d'informations, taux d'imposition sur le revenu.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma fiscal de los Estados Unidos de América (EUA), que entró en vigor en 2018, ha traído varios cambios relevantes, dentro de los cuales el más importante consiste en la disminución de la tasa del impuesto sobre la renta corporativo federal del 35% al 21%. Asimismo, respecto de la tasa aplicable a las personas físicas, ha disminuido en la tasa progresiva superior del 39.6% al 37%.

El cambio en la tasa corporativa del impuesto sobre la renta americano se refleja claramente conforme a lo dispuesto en la Sección 11(b) del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos de América.

Lo anterior trae como consecuencia que, conforme al artículo 176 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta de los Estados Unidos Mexicanos (LISR), los EUA puedan ser considerados un régimen fiscal preferente (REFIPRE), dado que dicho artículo señala lo siguiente en su tercer párrafo:

Para los efectos de esta Ley, se considerarán ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes, los que no estén gravados en el extranjero o lo están *con un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto sobre la renta que se causaría y pagaría en México*, en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley, según corresponda. No se considerará el impuesto sobre dividendos señalado en el segundo párrafo del artículo 140 de la presente Ley al momento de determinar los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes (énfasis añadido).¹

Es decir, dado que la nueva tasa del impuesto sobre la renta federal de los EUA es del 21%, esto trae como consecuencia que sea menor a la tasa del 22.5% señalada en el artículo 176 de la LISR, ya que ésta se obtiene al multiplicar la tasa del 30% señalada en el artículo 9o. de la LISR por el 75%, lo que da como resultado una tasa del 22.5%. Dado que la tasa federal americana es menor a una del 22.5%, entonces debe ser tomada

¹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Ley del Impuesto Sobre la Renta, véase párrafo tercero del artículo 176. Última reforma, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 9 de diciembre de 2019, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_301116.pdf (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

como la tasa de una jurisdicción considerada un régimen fiscal preferente conforme a la LISR.

La controversia se da debido que nunca se había considerado la mera posibilidad de que los EUA sean un régimen fiscal preferente porque que la tasa corporativa de los EUA siempre era mayor a la de México. Asimismo, el efecto que trae el que se clasifique a un país un régimen fiscal preferente es que se considerará como si la persona moral extranjera, o figura jurídica extranjera, estuviera difiriendo el impuesto sobre la renta en México que debería pagar, por lo que se estaría obligando a dicha persona moral, o figura jurídica extranjera, a que adelante el pago del impuesto sobre la renta al final de cada ejercicio fiscal, aunque dicha persona moral o figura jurídica no haya emitido un dividendo o haya hecho cualquier tipo de distribución.

Otro efecto negativo muy importante es que si se determinara que los EUA son un régimen fiscal preferente, las tasas de retención que se le aplicarían a pagos hacia los EUA serían altísimas, puesto que podrían llegar al 40% del pago que se le haga a un residente en el extranjero. Esto conforme a lo dispuesto por el artículo 171 de la LISR, que señala que los ingresos que reciban residentes en el extranjero que estén en un régimen fiscal preferente o que sean transparentes, estarán sujetos a una retención a la tasa del 40% sobre dichos ingresos, sin deducción alguna. El impuesto del 40% sobre los pagos debe ser hecho por el contribuyente residente en México, que haría el pago hacia los EUA, o por el residente en el extranjero con establecimiento permanente en México.

Lo anteriormente comentado es muy delicado, ya que los EUA compran aproximadamente un 80% de las exportaciones de México,² volviéndolo el mayor socio comercial de México, por lo que sería altamente riesgoso que México le imponga retenciones del 40% a los pagos que reciba su mayor socio comercial, lo que llevaría a medidas defensivas de los EUA hacia México. En números, podemos ver que las exportaciones de México hacia los EUA en 2018 representaron ingresos para México por la cantidad 328,059.3 millones de dólares.³ Las retenciones mencionadas serían muy relevantes, dado que del 100% de las importaciones que llegan a México, el

² Banco Santander, S. A., “Cifras del comercio exterior en México”, véase segundo párrafo, disponible en: <https://es.portal.santandertrade.com/analizar-mercados/mexico/cifras-comercio-exterior> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

³ Secretaría de Economía, Subsecretaría de Comercio Exterior, gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, “Exportaciones totales de México”, véase tabla disponible en: <https://>

46.4%⁴ provienen de los EUA. Esto haría que casi el 50% de los pagos al extranjero por comercio llevarían una retención del 40%, conforme a la LISR.

Del otro lado del espejo, podemos ver que en 2018 las exportaciones de los EUA hacia México representaron un 15.9% del total de las exportaciones realizadas por los EUA⁵ (México es el segundo socio comercial más importante de los EUA, después de Canadá). Dichas exportaciones le representaron, en 2018, ingresos por 265 billones de dólares.⁶ Si las autoridades tributarias clasificaran a los EUA como un régimen fiscal preferente, sus ingresos serían disminuidos a 159 billones de dólares, al aplicarle una retención del 40% a los pagos que se dirigieran al país del norte en el caso de que todos los pagos se hagan a personas morales o entidades transparentes americanas.

No obstante, la regla 3.18.23 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020 señala que la tasa de retención del 40% del artículo 171 de la LISR únicamente será aplicable cuando se realicen operaciones con partes relacionadas del contribuyente, conforme a la legislación de precios de transferencia contemplada en la LISR. Tal disposición continúa señalando que en los casos en los que no se realicen operaciones con partes relacionadas, se deberá efectuar la retención que proceda en los términos previstos en los artículos relativos a pagos a residentes en el extranjero del Título V de la LISR, y deberán cumplir con los demás requisitos que establezcan las disposiciones fiscales.

El segundo párrafo de la disposición comentada en el párrafo anterior señala que cuando los pagos se realicen a partes relacionadas residentes en un país con el que México tenga en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información, no estarán sujetos a la retención del 40% prevista en el artículo 171 de la LISR, por lo que se deberá efectuar la retención que proceda en los términos de los demás artículos del Título V de la LISR y se deberá cumplir con los demás requisitos que establezcan las disposiciones fiscales.

Si se interpreta *a contrario sensu* la regla 3.18.23 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, se llega a la conclusión de que, en el caso de pagos realizados por un contribuyente mexicano a uno residente en un régimen

www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/428436/Acum-Exporta nov2018.pdf (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

⁴ Banco Santander, S. A., *cit.*, véase segundo párrafo.

⁵ Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, "Mexico", véase noveno párrafo, disponible en: <https://ustr.gov/countries-regions/america/mexico> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

⁶ *Idem*.

fiscal preferente (REFIPRE), se aplicaría la tasa de retención del 40% si el país de residencia del país considerado como REFIPRE no tiene celebrado un acuerdo amplio de intercambio de información. En el caso de EUA existe tanto un Tratado para Evitar la Doble Tributación, celebrado el 18 de septiembre de 1992 entre México y EUA, que, en su artículo 27, prevé lo relativo al intercambio de información, como un acuerdo amplio de intercambio de información celebrado con anterioridad al tratado para evitar la doble tributación, celebrado el 9 de noviembre de 1989.

Otra consecuencia que traería aparejada el apreciar a los EUA como un régimen fiscal, además de obligar a los contribuyentes al pago del impuesto sobre la renta en México por ingresos sujetos a un REFIPRE, sería que los contribuyentes mexicanos estarían forzados a cumplir con las obligaciones de reporte establecidas en el artículo 178 de la LISR, relativas a la presentación de declaraciones informativas sobre los ingresos generados en regímenes fiscales preferentes en el ejercicio inmediato anterior que tendrían que presentar en el mes de febrero posterior al ejercicio fiscal en el que hayan tenido dichas inversiones.

Por otro lado, el hecho de que EUA no haya entrado como signatario al Common Reporting Standard (CRS) de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) escudándose en el hecho de que ha celebrado acuerdos intergubernamentales con varios países en virtud del impuesto extraterritorial americano denominado Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), puede hacer valorar a los EUA como un paraíso fiscal, dado que no comparte información con otros países de forma multinivel, como lo requiere el CRS, sino que sólo lo hace a un nivel, por lo que varios contribuyentes pueden tomar ventaja de esto para ocultar su identidad dentro de estructuras fiscales que podrían implementar con fideicomisos o entidades corporativas.

II. LOS PARAÍDOS FISCALES Y SU RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La introducción del régimen de paraísos fiscales en México se da en la LISR vigente en 1997. Dicha legislación creó un régimen especial de gravamen

para los contribuyentes que inviertan capitales en Estados extranjeros clasificados como “paraísos fiscales”.

La particularidad del nuevo régimen fiscal especial introducido en la LISR residía en gravar los rendimientos de inversiones en paraísos fiscales, equivalente a anticipar el impuesto sobre la renta (ISR) de los futuros dividendos a distribuirse por las sociedades o entidades residentes en dichas jurisdicciones. Es decir, mediante el nuevo régimen el fisco mexicano busca gravar ingresos que aún no han sido percibidos por los contribuyentes mexicanos porque pretende castigar las inversiones de éstos en jurisdicciones donde la tributación es nula o muy baja.

Conforme al autor Enrique Calvo Nicolau, los Estados considerados por la LISR de 1998 como jurisdicciones de baja imposición fiscal, o paraísos fiscales, son de varias clases en razón de sus sistemas tributarios:

- 1) Estados que no imponen impuestos a sus residentes, ya sea que sus ingresos provengan de una fuente de riqueza ubicada en el propio Estado o de fuentes ubicadas en Estados extranjeros.
- 2) Estados que: a) sí imponen contribuciones a sus residentes, pero a tasas muy bajas de impuesto, inferiores a las establecidas internacionalmente o a las dispuestas en México para gravar conceptos similares, o b) otorgan exenciones para los ingresos procedentes de fuentes de riqueza ubicadas en el extranjero.
- 3) Estados cuyo régimen jurídico dispone diversos privilegios para ciertas inversiones, como por ejemplo, exenciones por largos periodos a fin de atraer inversiones productivas que beneficien la economía del país con motivo de la generación de empleos.⁷

A fin de lograr mayor transparencia, en 2002 se incorporó a la LISR el término *regímenes fiscales preferentes* (REFIPRES), el cual estableció que los ingresos que estaban sujetos a REFIPRES no están gravados en el extranjero o lo estaban con un ISR inferior al 75% del que se causaría en México en ese entonces; o sea, el 22.5% para personas físicas o morales

⁷ Calvo Nicolau, Enrique, *Tratado del impuesto sobre la renta*, México, Themis, 1998, p. 1223. Los paraísos fiscales se caracterizan por tener nula o baja imposición y por otorgar privilegios a inversiones extranjeras en su jurisdicción.

en dicho ejercicio fiscal.⁸ Con esta fórmula matemática se le quitaba relevancia a la lista referida, conocida en el ámbito fiscal internacional como la lista negra de la LISR, y se sustituía para efectos de determinar los impuestos efectivamente pagados en una jurisdicción menores a las tasas aludidas como ingresos sujetos a REFIPRES. Sin embargo, la lista negra permaneció relevante, y aún lo es, por la cuestión de la declaración anual informativa de REFIPRES.

Dichas reglas fueron incorporadas al Título VI de la LISR, denominado “De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales”, en el Capítulo I, titulado “De los regímenes fiscales preferentes”, y abarca de los artículos 176 a 178 de la LISR, tal y como se puede observar dentro del contenido de la LISR en vigor publicada en la página *web* de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos.⁹ El Título VI de la LISR de referencia contiene las reglas relativas a la legislación antidiferimiento y a la obligación de operar a precios de mercado.¹⁰

El artículo 176 de la LISR señala que los residentes para efectos fiscales en México y los establecimientos permanentes en este país deberán pagar el impuesto conforme a ciertas reglas especiales, en relación con: a) los ingresos sujetos a REFIPRES que obtengan mediante entidades o figuras jurídicas extranjeras¹¹ en las que participen, directa o indirectamente, y b) los ingresos que obtengan por medio de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero.¹²

⁸ Bolaños, Martha P., “*Off Shore*, los paraísos fiscales ¿para la evasión?”, *Alto Nivel*, 10 de abril de 2013, véase cuarto párrafo, disponible en: https://www.ccpm.org.mx/avisos/off_shore.pdf (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley del Impuesto Sobre la Renta*, *cit.*, véase pp. 207-226.

¹⁰ Álvarez Alcalá, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, 2da. ed., México, Oxford, 2015, p. 321. La parte de la LISR que regula los regímenes fiscales preferentes provee reglas de antidiferimiento y de precios de transferencia.

¹¹ Conforme al artículo 4o. A de la LISR vigente a partir del ejercicio fiscal 2020, las entidades extranjeras transparentes fiscales y las figuras jurídicas extranjeras, sin importar que la totalidad o parte de sus miembros, socios, accionistas o beneficiarios acumulen los ingresos en su país o jurisdicción de residencia, tributarán como personas morales y estarán obligadas al pago del ISR cuando sean clasificadas como residentes en México por tener en territorio nacional la administración principal del negocio o su sede de dirección efectiva.

¹² Álvarez Alcalá, Alil, *op. cit.*, p. 321.

En efecto, la LISR señala, en el artículo 176, párrafo tercero, que se considerarán ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes los que no están gravados en el extranjero o lo están con un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto sobre la renta que se causaría y pagaría en México. Es decir, la tasa aludida se refiere a una tasa impositiva efectiva y no nominal, como lo señala el artículo 9o. de la LISR, que prevé que la tasa corporativa nominal en México es del 30%. El efecto que esto trae aparejado es que la LISR dispone que para no valorar como ingresos sujetos a un régimen fiscal preferente dichos ingresos, deben tributar conforme a una tasa efectiva del 22.5%; o sea, la tasa del 22.5% debe darse en relación con el ingreso una vez que ya se hayan restado de la utilidad fiscal las deducciones correspondientes y las pérdidas fiscales de años anteriores.

Además de la definición de REFIPRES aludida, relacionada con la tasa efectiva de impuestos del 22.5% para personas morales y del 26.25% para personas físicas en la tasa progresiva más alta de la LISR, la LISR, en el párrafo primero del artículo 176, incluye una lista enunciativa de otros ingresos que se consideran que están sujetos a REFIPRES que se dan cuando se obtienen ingresos a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero, cuando no son consideradas como contribuyentes del ISR en el país en que están constituidas o tienen su administración principal o sede de dirección efectiva y sus ingresos son atribuidos a sus miembros, socios, accionistas, o beneficiarios.

Resulta importante señalar que, en términos generales, la LISR, en la parte relativa a REFIPRES, dispone que el ingreso o la ganancia generada de un paraíso fiscal debe ser acumulada de manera anticipada en México por los inversionistas o propietarios de las entidades residentes o ubicadas en estos territorios.¹³ En efecto, el ingreso obtenido de dicha entidad ubicada en un paraíso fiscal puede ser reconocido sobre una base neta (después de deducciones) si se mantiene la documentación comprobatoria en México y se cumple con requisitos de declaración de estas inversiones, o sobre una base bruta en los demás casos.¹⁴

¹³ Colegio de Contadores Públicos de México e Instituto Mexicano de Contadores Públicos, *Introducción a los impuestos internacionales*, México, IMCP, 2006, p. 237. La legislación antidiferimiento busca adelantar el pago de los impuestos que se encuentran estacionados fuera de una jurisdicción con el fin de evitar el pago de impuestos en el país de residencia fiscal.

¹⁴ *Idem*.

Con la reforma fiscal 2020, aprobada el 31 de octubre de 2019 y que entró en vigor el 1o. de enero de 2020, se adicionaron varias disposiciones relacionadas con REFIPRES. Una de esas disposiciones, muy importante para nuestro estudio, fue la introducción de normas que buscan aclarar que para efectos de determinar si los ingresos de una entidad extranjera controlada se encuentran sujetos a REFIPRE, se tienen que tomar en cuenta todos los ISR pagados; es decir, tanto los impuestos federales como los locales pagados en el país de residencia o de origen y todos los impuestos retenidos en México, excepto los impuestos retenidos sobre dividendos.¹⁵

III. ANÁLISIS DE LAS RAZONES DE POR QUÉ LOS ESTADOS UNIDOS SON UN RÉGIMEN FISCAL PREFERENTE

1. Reforma fiscal estadounidense 2018

Con la reforma fiscal de los EUA aprobada por el Congreso y refrendada por el presidente el 22 de diciembre de 2017,¹⁶ pasó a ser ley la Ley Pública 115-97 (Public Law 115-97), también conocida como la Tax Cuts and Jobs Act of 2017, conocida en el ámbito fiscal como “los recortes fiscales de Trump” o la reforma fiscal estadounidense.¹⁷

La ley citada representa la reforma más importante al sistema tributario estadounidense en 30 años —desde 1986,¹⁸ para ser exactos— y trae

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Avi-Yonah, Reuven S. y Vallespinos, Martin, “The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO”, *University of Michigan Law & Econ Research Paper*, núm. 18-006; *University of Michigan Public Law Research Paper*, Estados Unidos, núm. 596, 28 de enero de 2018, p. 1. La Tax and Jobs Act fue aprobada por el Congreso americano y refrendada por el presidente Trump el 22 de diciembre de 2017, sin embargo, no entró en vigor hasta el 1o. de enero de 2018.

¹⁷ Knyazev, Timur, *US Tax Reform for Hipsters*, Estados Unidos, Timur Knyazev, CPA, 2018, p. 1. El verdadero nombre de la reforma fiscal estadounidense de 2018 es Tax and Jobs Act of 2017 porque fue aprobada en diciembre del 2017.

¹⁸ Auerbach, Alan J., “Measuring the Effects of Corporate Tax Cuts”, *Journal of Economic Perspectives*, Estados Unidos, vol. 32, núm. 4, otoño de 2018, p. 1. La última gran reforma al sistema fiscal americano se dio con la reforma fiscal de 1986; es decir, tuvieron que pasar más de 30 años para que se diera una nueva reforma, la cual tuvo lugar hasta el 22 de diciembre de 2017.

cambios dramáticos al, de por sí, complicado y fascinante mundo de los impuestos estadounidenses.¹⁹

El objetivo detrás de la reforma fiscal 2018 de los EUA fue hacer más competitiva a la economía norteamericana y, específicamente, se buscó incrementar la productividad corporativa en 2.5%, que se traduce en un incremento del 1.2% del producto interno bruto (PIB) de los EUA después de 10 años.²⁰

La cuestión más relevante de la reforma fiscal estadounidense fueron las reformas a la Sección 11 del Código Fiscal estadounidense de 1986 (US Internal Revenue Code), dentro de las cuales destaca la baja de la tasa del ISR en las empresas de los EUA, con lo cual la tasa gradual corporativa federal, que iba del 15% a una máxima del 35%, utilizada hasta el 31 de diciembre de 2017, se sustituyó por una tasa fija del 21% a partir del 1o. de enero de 2018.

Cabe señalar que las empresas creadas bajo las leyes de cualquiera de los 50 estados (y el Distrito de Columbia), generalmente, están sujetas al ISR corporativo de los EUA sobre sus ingresos obtenidos en todo el mundo; es decir, sobre una renta mundial. El ingreso gravable de dichas personas morales se obtiene al sumar los ingresos brutos menos las deducciones permitidas.²¹

Además de la reducción de la tasa corporativa del impuesto sobre la renta del 35% al 21%, la Tax Cuts and Jobs Act contiene características como el cambio de un sistema de renta mundial a un sistema de tributación territorial respecto de la tributación de dividendos generados en el extranjero al implementar un sistema de *participation exemption*, así como la deducción inmediata de ciertos activos.²² Esto llevó a que se mejorara sustancialmen-

¹⁹ Knyazev, Timur, *op. cit.*, p. 1. La reforma fiscal estadounidense de 2018 trae la reducción de la tasa corporativa y la implementación de un régimen territorial con relación a ingresos foráneos.

²⁰ Barro, Robert J. y Furman, Jason, “Macroeconomic Effects of the 2017 Tax Reform”, *Brookings Papers on Economic Activity*, Estados Unidos, vol. 2018, núm. 1, 2018, p. 257. El incremento del PIB de los EUA en 1.2% en 10 años sería un gran logro, dado que en economías de gran desarrollo es muy difícil crear ese tipo de aumentos en el PIB porque hoy en día gozan de grandes niveles de desarrollo, por lo que no hay tanto espacio para crecimiento.

²¹ Véase párrafo séptimo de “Regímenes fiscales preferentes y los Estados Unidos”, *Contaduría Pública*, mayo de 2018, disponible en: <http://contaduriapublica.org.mx/2018/05/03/regimenes-fiscales-preferentes-y-los-estados-unidos/> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

²² Heinemann, Friedrich *et al.*, “Implications of the US Tax Reform for Transatlantic FDI”, *Intereconomics*, Alemania, vol. 53, 2018, p. 87. La reforma fiscal estadounidense trajo la re-

te la posición global de los EUA en torno a la competencia fiscal a nivel internacional. En efecto, la reducción de la tasa estatutaria trajo a la tasa corporativa mucho más cerca de la media y el promedio de otros países de la OCDE, y ha incrementado significativamente los incentivos de inversión en capital tangible en los EUA, en relación con las tasas marginal y efectiva promedio, asumiendo un uso promedio de deuda y capital.²³ La mencionada reducción de la tasa corporativa americana representó altas ganancias para multinacionales americanas por este cambio dramático en su beneficio al incentivar la repatriación de sus capitales.²⁴

La reforma fiscal 2018 de los EUA trajo otra grata sorpresa para las empresas americanas, dado que implementó un “*participation exemption*”; o sea, premia a las empresas multinacionales americanas que repatrian sus capitales pagados en forma de dividendos al no imponerles un gravamen cuando regresan a los EUA, ya que permite que sean deducibles totalmente dichas ganancias en contra de sus ingresos gravables domésticos y no les impone un gravamen en los EUA una vez que regresan, como se hacía antes de la reforma.²⁵ Para muchas multinacionales americanas este cambio representó un cambio ansiado, deseado desde hacía más de 30 años, ya que se cambió un sistema que venía implementándose desde 1986.²⁶ La imple-

ducción de la tasa corporativa, un sistema de tributación territorial y la deducción inmediata de ciertos activos.

²³ Lyon, Andrew B. y McBride, William A., *Assessing US Global Tax Competitiveness after Tax Reform*, Estados Unidos, Pricewaterhouse Coopers LLP, National Tax Association, 9 de mayo de 2018, p. 1. La tasa corporativa estatutaria implementada en los EUA a partir del 2018 del 21% es menor al promedio de los estados que conforman la OCDE, que tienen una tasa promedio del 23.7%, esto le da una amplia ventaja competitiva a los EUA.

²⁴ Wagner, Alexander F. *et al.*, “Unequal Rewards to Firms: Stock Market Responses to the Trump Election and the 2017 Corporate Tax Reform”, *AEA Papers and Proceedings*, Estados Unidos, 108: 590-96, 2018, p. 590. La disminución de la tasa corporativa del 35% al 21% fue notoria, por lo que incentivó inversiones en los EUA por parte de las compañías que tenían dinero en el extranjero y les daba la ventaja de tributar a sólo el 15.5% sus ganancias en efectivo que aún no habían estado sujetas a imposición previamente.

²⁵ Donohoe, Michael P. *et al.*, “Back to the Drawing Board: The Structural and Accounting Consequences of a Switch to a Territorial Tax System”, *National Tax Journal*, Estados Unidos, vol. 66, núm. 3, 2014, p. 19. Se hablaba inicialmente de una exención del 95% de la tributación de ganancias repatriadas a los EUA, pero en la ley actual se optó por una exención total, ya que los EUA se volvió un sistema territorial en este aspecto.

²⁶ Herzfeld, Mindy, “US Tax Reform: Worth Waiting 30 Years For?”, láminas de presentación, Estados Unidos, University of Florida College of Law, 30 de mayo de 2018, p. 34. Desde

mentación del “*participation exemption*” de la Tax Cuts and Jobs Act tenía el claro objetivo de eliminar distorsiones en la cantidad y el momento de la repatriación de dividendos.

2. *Impuestos sobre la renta previstos en el Tratado para Evitar la Doble Tributación celebrado entre México y los Estados Unidos*

Conforme al artículo 2o. del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta, celebrado el 18 de septiembre de 1992 (el Tratado para Evitar la Doble Tributación entre México y los Estados Unidos), que sigue estando en vigor, se establece que los impuestos comprendidos en el tratado son los impuestos sobre la renta exigibles en los Estados que forman parte del tratado.

El segundo párrafo del tratado en mención señala que se consideran impuestos sobre la renta los que gravan la totalidad de la renta o cualquier parte de la misma, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles. De hecho, en la mayoría de los tratados de doble tributación se habla de evitar la doble tributación sobre impuestos sobre la renta a nivel federal.²⁷

La parte relevante para nuestro estudio se menciona en el tercer párrafo del artículo 2o. del Tratado para Evitar la Doble Tributación entre México y los Estados Unidos: sólo contempla los impuestos sobre la renta federales en cada jurisdicción; es decir, el ISR previsto en la LISR vigente en México y en el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (el Income Tax previsto en el Internal Revenue Code).

Tomando en consideración lo señalado en el párrafo anterior, y conforme al principio de aplicación estricta de las normas tributarias contenido

1986 no había habido un cambio sustancial en el sistema impositivo americano hasta que se dio la reforma fiscal americana de 2018.

²⁷ Avi-Yonah, Reuven S., *Double Tax Treaties: An Introduction*, Estados Unidos, University of Michigan Law School, SSRN, 2007, p. 6. Resulta poco ortodoxa la interpretación que el SAT dio sobre los REFIPRES por la reforma fiscal americana de 2018, ya que los tratados para evitar la doble tributación siempre versan sobre impuestos federales y no mencionan a los impuestos estatales o municipales.

en el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación (CFF) de México, para efectos prácticos México sólo reconoce el ISR federal de los EUA previsto en el Código de Rentas Internas de dicho país.

A su vez, el cuarto párrafo del artículo 2o. del tratado de mérito dispone que el convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del tratado y se añadan a los actuales o los sustituyan.

Por otro lado, debemos tomar en consideración lo previsto en el párrafo sexto del artículo 25 del Tratado para Evitar la Doble Tributación entre México y Estados Unidos, que regula lo relativo a la no discriminación y que podría abrir la puerta a que exista la posibilidad de incorporar el efecto de tasas utilizadas por los diferentes estados de los EUA respecto del ISR estatal para las personas morales residentes en ese país. Entonces, con el fin de que no haya discriminación en contra de una empresa residente en los EUA, el sexto párrafo del artículo 25 del tratado antes citado podría dar la posibilidad de que se sume la tasa del ISR federal del 21% con los impuestos sobre la renta estatales de cada estado de los EUA, o incluso los locales.

Sin embargo, se debe tomar en consideración que en México no existen impuestos sobre la renta a nivel estatal ni municipal, por lo que podría pensarse injusto e inequitativo que se contemplen las tasas de los impuestos sobre la renta a nivel estatal y municipal de los EUA para hacer el cálculo para determinar la tasa del 22.5% que clasificaría a los ingresos de una empresa como ingresos de un REFIPRE. Por lo anterior, se podría aseverar que no habría discriminación conforme al tratado tributario entre México y los EUA, dado que al tomar en consideración sólo los impuestos federales entre ambos países, existiría una situación de equidad entre los países contratantes del convenio fiscal.

No obstante lo anterior, resulta preciso mencionar que aunque no existe un ISR estatal en México, hay un impuesto cedular previsto en el artículo 127 de la LISR, que estipula que los contribuyentes que enajenen terrenos, construcciones o terrenos y construcciones deben efectuar un pago por cada operación aplicando una tasa del 5% sobre la ganancia obtenida, el cual se debe enterar mediante declaración ante la autoridad hacendaria estatal en dónde se ubique el inmueble.

Por otro lado, es importante tomar en consideración que el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos de América permite la posibilidad

de que el ISR estatal se deduzca de la base gravable del impuesto federal conforme a la Sección 164(a) de dicho Código. Es decir, el ISR estatal puede restarse del federal, y de esta manera se neutraliza el impuesto estatal, ya que se evita una doble o triple imposición dentro de los EUA. Sin embargo, esto nos llevaría a la conclusión de que, en realidad, el impuesto estatal no existe y afecta de manera negativa en el cálculo de la tasa del 22.5% prevista en el artículo 176 de la LISR.

De la Sección 164(a) del Código de Rentas Internas de los Estados Unidos se puede observar claramente que es posible deducir del ISR federal de los EUA los impuestos sobre la renta estatales y locales (municipales, para efectos fiscales mexicanos), por lo que en vez de añadirse para superar la tasa del ISR para determinar la existencia de un REFIPRE, en realidad pueden disminuir la tasa corporativa efectiva de las empresas estadounidenses. Esto llevaría a que la tasa efectiva del ISR de las personas morales estadounidenses sea menor a la tasa corporativa federal del 21%, ya que a ésta se le deducirían las tasas de los impuestos sobre la renta a nivel estatal y municipal.

Como se comentó anteriormente, en los EUA se establece que los impuestos estatales y municipales son deducibles, como los impuestos estatales y municipales sobre el ingreso, los impuestos generales estatales y locales sobre las ventas, los impuestos estatales y locales sobre los bienes raíces y los impuestos estatales y locales sobre la propiedad personal.²⁸ Así, los impuestos estatales pueden ser deducidos del ISR federal, considerando algunas limitantes. Para ser deducibles, dichos impuestos tuvieron que haber sido pagados durante el ejercicio fiscal y reportarse como deducción detallada en los formularios que se presentan en los EUA ante el Servicio de Rentas Internas.

Lo anterior implica que si bien la tasa del ISR federal en los EUA disminuyó, lógicamente no implica la eliminación de los impuestos estatales y municipales, los cuales, como hasta antes de la entrada en vigor de la reforma fiscal, tenían, igualmente, que ser adicionados a la tasa corporativa; o sea, que la suma del ISR federal, disminuido al 21% a partir de enero de

²⁸ Rodríguez Medina, Gilberto, *Comentarios sobre la disminución de la tasa del ISR corporativo de la reforma fiscal en Estados Unidos*, México, Colegio de Contadores Públicos de México, 2018, PAF 701, p. 41, Los impuestos estatales y municipales sobre la renta son deducibles en contra del ISR federal.

2018, más el ISR estatal, podrían resultar en tasas similares a la pagada en México del 30% vigente, o incluso superiores.²⁹

No obstante, es importante mencionar que la reforma fiscal americana de 2018 pone una limitante a las personas físicas de una deducción de 10,000.00 de impuestos sobre la renta estatales y municipales. Dicha limitante aplica también de manera combinada con impuestos sobre la propiedad estatales y municipales.³⁰

3. *Impuestos sobre la renta estatales y municipales de los Estados Unidos*

En relación con lo comentado sobre la tasa corporativa de los EUA, se puede tomar en consideración que en ese país existen impuestos sobre la renta a nivel federal y a nivel estatal, por lo que se puede decir que se podrían sumar ambas tasas para evitar caer en el supuesto de REFIPRE. Se debe tomar en consideración que la tasa estatutaria federal/estatal en los EUA hasta el 31 de diciembre de 2017 era del 38.9%,³¹ tasa que era mucho más alta que la del 22.5% que determina si una persona moral era considerada como REFIPRE o como paraíso fiscal, que era el concepto legal que se utilizaba anteriormente. Por otro lado, a partir del 1o. de enero de 2018, cuando entró en vigor la reforma fiscal estadounidense, la tasa estatutaria combinada federal/estatal en los EUA es, en promedio, del 25.75%.³²

Para determinar si las entidades extranjeras controladas por contribuyentes mexicanos se encuentran sujetas a REFIPRES, debemos observar las tasas del ISR estatal en cada estado de los EUA. Las diversas tasas vigentes para el ejercicio fiscal 2019 se muestran en el siguiente diagrama:

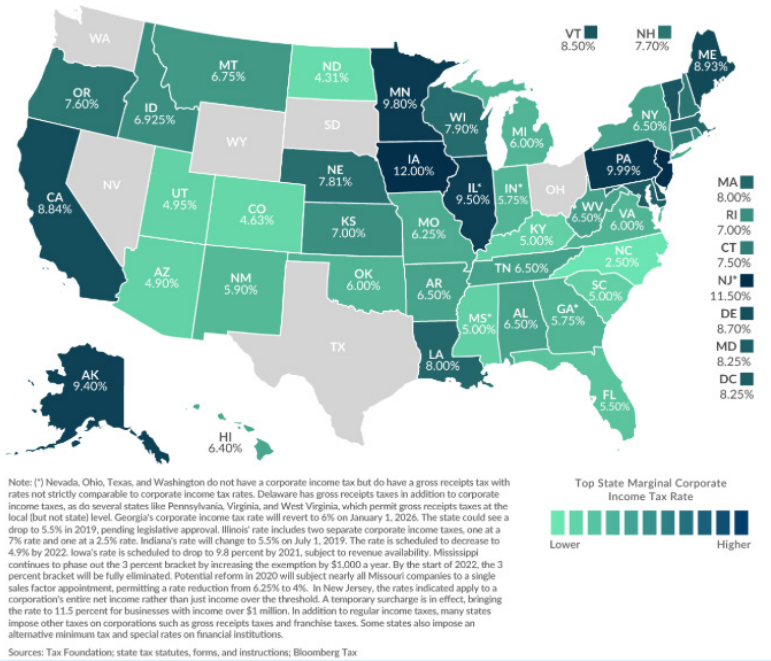
²⁹ *Idem.*

³⁰ Internal Revenue Service, “With new SALT limit, IRS Explains Tax Treatment of State and Local Tax Refunds”, IR-2019-59, 29 de marzo de 2018, véase párrafo sexto, disponible en: <https://www.irs.gov/newsroom/with-new-salt-limit-irs-explains-tax-treatment-of-state-and-local-tax-refunds> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

³¹ Gutiérrez, Mario Alberto y Chávez, Juan José, “Reforma Fiscal de los Estados Unidos y sus Efectos en México”, Cámara Española de Comercio y PwC, febrero de 2018, véase tercera lámina, disponible en: https://comescom.com.mx/wp-content/uploads/2018/02/Reforma-Fiscal-USA-27-feb-2018_.pdf (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

³² *Idem.*

Top Marginal Corporate Income Tax Rates as of January 1, 2019



TAX FOUNDATION @TaxFoundation

FUENTE: <https://taxfoundation.org/state-corporate-rates-brackets-2019/>.

Se debe hacer hincapié en el hecho de que no todos los estados de EUA tienen impuestos sobre la renta estatales,³³ por lo que *de facto* dichas jurisdicciones entrarían al supuesto de REFIPRE, situación que se da con los estados de Nevada, Ohio, South Dakota, Texas, Washington y Wyoming. Por lo dicho, de entrada las empresas mexicanas que tengan entidades extranjeras controladas en dichos estados deberán reportar los ingresos que éstas generen como ingresos sujetos a REFIPRES, puesto que su tasa corporativa estatutaria será del 21%, dado que tal tasa corresponde al ISR federal en los EUA y no existirá ninguna forma de añadirle otra tasa de ISR estatal.

³³ Nechyba, Thomas J., "Local Property and State Income Taxes: The Role of Interjurisdictional Competition and Collusion", *Journal of Political Economy*, Estados Unidos, vol. 105, núm. 2, abril de 1997, p. 1. Existe competencia fiscal en los EUA ya que no todos los estados de la Unión Americana tienen impuestos sobre la renta estatales.

Por otro lado, conforme a los impuestos estatales si se suma la tasa estatutaria federal y estatal, los siguientes estados no llegarían a superar el 22.5% que señala el artículo 176 de la LISR: Arkansas (cuando sea aplicable la tasa del 1%) y North Dakota (cuando sea aplicable la tasa del 1.41%).³⁴

Finalmente, para nuestro estudio es importante resaltar que en los EUA también existen, en algunos estados, impuestos sobre la renta a nivel municipal; no obstante, para efectos de nuestro análisis, no son tan relevantes por sus pequeñas tasas. Sin embargo, el contemplarlos puede traer consecuencias muy positivas para evitar que se señalen como ingresos de regímenes fiscales preferentes los ingresos de empresas americanas, como es el caso del estado de Ohio, que, al no tener impuesto a nivel estatal pero sí una tasa corporativa a nivel municipal de 1.56% y sumarla a la tasa corporativa a nivel federal del 21%, se saldría del supuesto de RERIPRE, ya que superaría la tasa del 22.5% por un margen muy pequeño: .06%.

4. Reforma fiscal mexicana 2020

Con la aprobación de las reformas a la LISR mediante el Dictamen del Proyecto de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios y del Código Fiscal de la Federación emitido por la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados el 30 de octubre de 2019,³⁵ se buscó darle una solución a la problemática planteada por nuestro estudio. Las reformas contenidas en el dictamen fueron las que entraron en vigor el 1o. de enero de 2020.

Dentro del artículo 176 de la LISR se mantuvo el lenguaje original de la LISR vigente en 2019, que contiene la fórmula para determinar qué ingresos se consideran sujetos a REFIPRES dentro del párrafo tercero

³⁴ Walczak, Jared, 2020 *State Business Tax Climate*, Tax Foundation, véase tabla disponible en: <https://taxfoundation.org/2020-state-business-tax-climate-index/> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

³⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Gaceta Parlamentaria*, año XXII, núm. 5398, 30 de octubre de 2019, véase Anexo VI, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/oct/20191030.html> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

del artículo en mención, el cual citaremos nuevamente para efectos de nuestro estudio:

Para los efectos de esta Ley, se considerarán ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes, los que no están gravados en el extranjero o lo están con un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto sobre la renta que se causaría y pagaría en México, en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley, según corresponda.

La redacción citada reitera la fórmula que hemos estado manejando en el presente estudio, que determina la tasa corporativa del 22.5% para evitar que un ingreso sea determinado como sujeto a un REFIPRE; esto porque que el 75% de la tasa del 30%, prevista en el artículo 9o. de la LISR, da ese resultado.

Por otra parte, se incorpora un nuevo sexto párrafo al artículo 176 de la LISR, que a letra señala:

Para realizar la determinación señalada en los párrafos anteriores, se considerarán todos los impuestos sobre la renta pagados por la entidad extranjera, sin importar que los mismos se paguen en un país o jurisdicción distintos al de su residencia o a diferentes niveles de gobierno. No se considera que un impuesto fue pagado, entre otros, cuando el mismo se realizó mediante el acreditamiento de impuestos sobre la renta o estímulos fiscales.

De la transcripción anterior vemos que en la LISR vigente en 2020, para la determinación de la existencia de ingresos sujetos a REFIPRE se pueden tomar en consideración los impuestos sobre la renta pagados en diferentes niveles de gobierno y no sólo a nivel federal.

Resulta de gran relevancia transcribir el párrafo octavo del artículo 176 de la LISR vigente a partir del 1o. de enero de 2020, que incorpora la posibilidad de hacer un comparativo de tasas estatutarias para superar la barrera de la tasa del 22.5% prevista para sopesar a un ingreso como sujeto a un REFIPRE. Dicho párrafo señala lo siguiente:

En lugar de comparar el impuesto pagado por la entidad extranjera frente al impuesto que se causaría y pagaría en México de conformidad con los párrafos anteriores, el contribuyente podrá comparar la tasa estatutaria del impuesto sobre la renta del país o jurisdicción de su

residencia fiscal, con la tasa establecida en el artículo 9o. de esta Ley o la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el artículo 152 de la misma, según corresponda. En estos casos, no se considerarán ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes cuando dichas utilidades estén gravadas con una tasa igual o mayor al 75% de las tasas mencionadas anteriormente, siempre que sean gravables todos sus ingresos, salvo los dividendos percibidos entre entidades que sean residentes del mismo país o jurisdicción, y que sus deducciones sean o hayan sido realmente erogadas, a condición que se acumulen o deduzcan, respectivamente, en los mismos momentos señalados en los títulos II o IV de esta Ley, según corresponda. *Lo señalado en este párrafo sólo será aplicable si la entidad extranjera no está sujeta a algún crédito o beneficio fiscal en su país o jurisdicción de residencia que reduzca su base imponible o impuesto a pagar que no se otorgaría en México, y cuando dicho país o jurisdicción tenga un acuerdo amplio de intercambio de información con México. Lo señalado en este párrafo no será aplicable cuando la entidad extranjera esté sujeta a diversas tasas estatutarias en su país o jurisdicción de residencia.* Para estos efectos, se presume, salvo prueba en contrario, que no se reúnen los elementos previstos en este párrafo (énfasis añadido).

Finalmente, en torno a lo relacionado con la reforma fiscal 2020 en materia de REFIPRES, se observa que en las adiciones a la fórmula para determinar la existencia de un REFIPRE, consistentes en la suma de tasas estatutarias, se le pone un candado a la cláusula habilitante al señalar que la suma de tasas estatutarias no aplicará en el caso de que la entidad extranjera esté sujeta a un crédito o beneficio fiscal en su país o jurisdicción de residencia, como bien puede ser un crédito que permitiría que el impuesto pagado conforme a la tasa del ISR estatal se pueda aplicar en contra del ISR federal. Situación, que como se ha abordado en nuestro estudio, se actualiza, aunque a la fecha las autoridades tributarias han adoptado la posición de sólo analizar la suma de tasas estatutarias para superar la barrera de la tasa del 22.5%.

5. El intercambio de información para determinar si los Estados Unidos son un régimen fiscal preferente

Al observar la lista de jurisdicciones que han implementado el intercambio de información conforme al Estándar Común de Reporte de Informa-

ción de la OCDE (mejor conocido como Common Reporting Standard o CRS), publicado en enero 2020, se observa que la mayoría de los países desarrollados del mundo han implementado el nuevo estándar de intercambio automático de información para efectos fiscales.³⁶

Sin embargo, es importante señalar que dentro del listado, que contiene a países como Francia, Alemania, Reino Unido, España, México, etcétera, no aparecen los EUA como una jurisdicción participante. Esto es así porque los EUA se han negado a participar bajo el nuevo estándar de intercambio automático de información global para efectos fiscales.³⁷ La justificación de su negativa para participar en el CRS es que dicho país señala que realiza su intercambio automático de información con relación la FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act o Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras), que es una ley extraterritorial de los EUA que amenaza a otras jurisdicciones con aplicarles una retención del 30% en caso de que los otros países no entren a acuerdos intergubernamentales con los EUA. Dichos convenios fueron desarrollados desde el 2015 bajo los acuerdos intergubernamentales, denominados IGAs, con otras jurisdicciones.³⁸

Conforme a la primera nota del documento de la OCDE, que comenta el estatus actual de los arreglos de intercambio automático de información de la OCDE, se señala que los EUA desarrollaron los acuerdos intergubernamentales modelo 1A, celebrados entre EUA y otras jurisdicciones, y reconocen la necesidad de que los EUA logre niveles equivalentes de intercambio automático recíproco de información con las demás jurisdicciones contratantes.³⁹ A su vez, se menciona que los IGAs también incluyen

³⁶ Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Matters, OECD, “Automatic Exchange of Information (AEOI): Status of Commitments”, agosto de 2020, véase tabla disponible en: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/commitment-and-monitoring-process/AEOI-commitments.pdf> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

³⁷ Meinzer, Markus, “Automatic Exchange of Information as the New Global Standard: The End of (Offshore Tax Evasion) History”, *Tax Justice Network*, Reino Unido, 27 de febrero de 2017, p. 1. EUA no cumple con el nuevo estándar de intercambio automático de información internacional desarrollado por la OCDE.

³⁸ Hakelber, Lukas, “The Power Politics of International Tax Cooperation: Luxembourg, Austria and the Automatic Exchange of Information”, *Journal of European Public Policy*, Reino Unido, vol. 22, núm. 3, 2015, p. 1. EUA obtiene el intercambio automático de información financiera con otras jurisdicciones a través de acuerdos intergubernamentales que celebra con otros gobiernos.

³⁹ *Idem*.

un pacto político que pretende la adopción de regulaciones y que buscan y apoyan la adopción de una legislación relevante para lograr dichos niveles equivalentes de intercambio de información recíproco.

En adición a lo anterior, es importante recordar que las autoridades tributarias de México y los EUA intercambian información por conducto del artículo 27 del Tratado para Evitar la Doble Tributación celebrado entre ambos países. Sin embargo, como se comentó, la información financiera de sus residentes fiscales se intercambia de una manera automática entre los dos Estados por conducto del IGA celebrado entre ellos.

Regresando a la materia del presente apartado, debemos recordar que el Reporte Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS (Combatir la Prácticas Fiscales Perniciosas, teniendo en cuenta la Transparencia y la Sustancia) enuncia factores para identificar a paraísos fiscales y REFIPRES. Dentro de los factores que enuncia la OCDE para identificar a un paraíso fiscal están la leyes o prácticas administrativas que evitan el intercambio efectivo de información relevante con otros gobiernos sobre contribuyentes que se benefician de jurisdicciones con bajas o nulas tasas de imposición.⁴⁰ Asimismo, la OCDE señala que las jurisdicciones que son paraísos fiscales no permiten a sus administraciones el acceso a información bancaria, lo que es crucial para detectar y prevenir la evasión fiscal. Entonces, al no disponer de la información de los contribuyentes por parte de las autoridades tributarias, se da como resultado la falta de intercambio efectivo de información, que es uno de los factores determinantes para identificar un paraíso fiscal, debido a que eso limita el acceso de las autoridades tributarias a la información requerida para la aplicación correcta y a tiempo de las leyes tributarias.⁴¹

Lo comentado se enfatiza en el reporte al señalarse que la falta del intercambio efectivo de información con relación a contribuyentes que se

⁴⁰ OCDE, “Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5-Informe final 2015”, 2015, véase punto 15, p. 22, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241190-en.pdf?expires=1598038726&id=id&ccname=guest&checksum=5C89AF3EB302C7E25F17FBD4D2D61D74> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

⁴¹ OCDE, “Harmful Tax Practices, an Emerging Global Issue”, 1998, véase punto 65, p. 30, disponible en: <https://www.oecd.org/tax/harmful/1904176.pdf> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

benefician de la operación de un régimen fiscal preferencial es un indicador fuerte de que un país está involucrado en competencia fiscal nociva.⁴²

El Reporte Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS claramente señala que la habilidad o la disposición de un país de proveer información a otros países es un factor determinante a decidir en cuanto a determinar si un régimen operado por una jurisdicción tiene el potencial para tener efectos fiscales nocivos. En el caso de los EUA no hay cuestiones de secrecía bancaria que imposibiliten el intercambio de información como las que existían en el pasado en Suiza, sino que en la actualidad existen políticas y prácticas que impiden el intercambio de información de manera efectiva con otros países, encuadrándose así un factor determinante para señalar la existencia de un paraíso fiscal. Dicha inhabilidad, o falta de disposición de la jurisdicción en intercambiar información de una manera efectiva, hace que no se pueda notificar a una autoridad tributaria extranjera información que para ésta es necesaria para poder darle más poder y así hacer efectivas sus facultades de comprobación para corregir la situación fiscal de los contribuyentes que se encuentran bajo su jurisdicción.

Los EUA no tienen un régimen de secreto bancario formalmente para residentes fiscales extranjeros; sin embargo, los proveen un secreto bancario *de facto* a residentes fiscales extranjeros que tienen activos en el país. Esto es porque el secreto bancario *de facto* se da cuando el país de fuente de riqueza, en este caso los EUA, no tiene la información relevante para el intercambio de información o no quiere compartirla con sus cosignatarios de tratados tributarios.⁴³ El régimen de secreto bancario *de facto* de los EUA permite a cualquier residente fiscal extranjero el hacer depósitos en bancos norteamericanos sin revelar los ingresos obtenidos sobre esos depósitos al país de residencia del residente extranjero,⁴⁴ a menos de que caiga en alguno de los supuestos previstos de información intercambiable en caso de que los EUA tengan un acuerdo intergubernamental (IGA) con el país de residencia del contribuyente. La razón detrás de esto es que el

⁴² OCDE, “Combatir las prácticas fiscales perniciosas...”, *cit.*, véase punto 18, p. 23.

⁴³ Wang, Emily, “The Opaque Future of Tax Information Sharing between the United States and China: An Analysis of Bank Secrecy Laws and the Likelihood of Entrance into a Tax Information Exchange Agreement”, *Hastings International & Comparative Law Review*, Estados Unidos, vol. 35, núm. 411, 2012, pp. 417 y 418. Los EUA tienen un secreto bancario *de facto* al no intercambiar información sobre cuentas bancarias.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 418.

Congreso estadounidense permite el secreto bancario *de facto* porque su sistema financiero necesita capital.⁴⁵

Con base en lo anterior, es importante reconocer que existe una discusión académica mundial alrededor de la definición de los paraísos fiscales, pero se debe tomar en cuenta que un país puede exhibir la conducta de un paraíso fiscal aunque tenga altas tasas impositivas en relación con su ISR.⁴⁶ Este resultado se da porque muchos países de la OCDE sirven como un tipo de paraíso fiscal debido a que no revelan la información fiscal o financiera sobre sus inversionistas no residentes fiscales, lo que alienta a que persista la evasión fiscal *offshore* y otros crímenes financieros internacionales.⁴⁷ Por ejemplo, las tres economías más grandes de la OCDE (EUA, Alemania y Japón) están listadas dentro de los 10 países con las más rígidas leyes de secrecía financiera, mientras que países que, en muchos casos, son etiquetados como paraísos fiscales (Barbados, las Bahamas y Liechtenstein) tienen clasificaciones más favorables.⁴⁸

Al observar el contenido del IGA celebrado entre México y los EUA para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras, oficialmente conocido como el Acuerdo entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América para Mejorar el Cumplimiento Fiscal Internacional, incluyendo la FATCA, se observa que claramente dicho acuerdo es inequitativo y que los EUA no está cumpliendo con sus obligaciones de intercambio automático de información conforme al nuevo estándar internacional de la OCDE. Resulta relevante destacar que el IGA México-EUA puede ser observado en el anexo 25 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020.

Lo anterior es así dado que México comparte información de manera automática con los EUA de una forma multinivel, mientras que los EUA sólo comparte información con México a un nivel. Es decir, México le pasa toda la información relevante a los EUA para combatir la evasión fiscal y los EUA nada más proporcionan parte de la información relevante a México,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 423.

⁴⁶ Cockfield, Arthur J., “Big Data and Tax Haven Secrecy”, *Florida Tax Review*, Estados Unidos, vol. 18, 2016, p. 6. Un país puede exhibir la conducta de un paraíso fiscal aun teniendo una alta tasa impositiva.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

que podría utilizar para combatir la evasión fiscal de sus contribuyentes que tienen cuentas bancarias o financieras en los EUA.

La conclusión a la que se llega se obtiene al encontrar los contrastes entre lo que significa una “cuenta reportable” para cada una de las jurisdicciones. El IGA celebrado entre México y los EUA señala lo siguiente en relación con cuentas reportables:

a) La expresión “Cuenta Reportable” significa una Cuenta Reportable a EE.UU. o Cuenta Reportable a México, según lo requiera el contexto.

b) La expresión “Cuenta Reportable a México” significa una Cuenta Financiera mantenida en una Institución Financiera de EE.UU. sujeta a reportar cuando: (i) en el caso de una Cuenta de Depósito, dicha cuenta es mantenida por una persona física residente en México y más de diez (\$10) dólares en intereses son pagados a dicha cuenta en cualquier año calendario; o (ii) en el caso de una Cuenta Financiera distinta de una Cuenta de Depósito, el Cuentahabiente sea un residente en México, incluyendo una Entidad que certifique que es residente en México para efectos fiscales, respecto de los ingresos pagados o acreditados, cuya fuente de riqueza se encuentre en EE.UU., que estén sujetos a ser reportados de conformidad con el capítulo 3 del subtítulo A o capítulo 6 del subtítulo F del Código de Rentas Internas de EE.UU.

c) La expresión “Cuenta Reportable a EE.UU.” significa una Cuenta Financiera mantenida en una institución Financiera de México Sujeta a Reportar, cuyos titulares sean una o varias Personas Específicas de EE.UU. o una Entidad que no es de EE.UU. con una o varias Personas que ejercen Control que sean una Persona Específica de EE.UU. No obstante lo anterior, una cuenta no será considerada como una Cuenta Reportable a EE.UU si la misma no está identificada como tal después de la aplicación del procedimiento de debida diligencia establecido en el Anexo I.⁴⁹

Conforme a lo anterior, observamos que el IGA México-EUA establece diferentes definiciones de lo que significa una “cuenta reportable” para México y para los EUA, situación que rompe con la teoría de reciprocidad.

⁴⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, “Anexo 23, 25, 25-Bis y 27 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, publicada el 28 de diciembre de 2019”, *DOF*, 17 de enero de 2020, véase Anexo 25, p. 5, disponible en: [https://www.sat.gob.mx/normatividad/21127/resolucion-miscelanea-fiscal-\(rmf\)-](https://www.sat.gob.mx/normatividad/21127/resolucion-miscelanea-fiscal-(rmf)-) (fecha de consulta: 21 de agosto de 2020).

dad que debe existir en los tratados internacionales conforme al derecho público internacional. Se debe resaltar que el Ejecutivo estadounidense declaró su apoyo por un alto grado de reciprocidad en el intercambio de información en torno a la FATCA, pero aseveró no poder asegurarlo.⁵⁰ En efecto, un legislador opositor a la ley FATCA enfatizó que la obligación paralela de intercambio de información no era parte de la legislación habilitante de la FATCA⁵¹ (los IGAs celebrados por la Secretaría del Tesoro de los EUA).

Para el caso de México, el intercambio de información automático de cuentas financieras de los EUA está truncado, ya que, en primera instancia, no se reporta la información de cuentas bancarias de residentes fiscales mexicanos que existen en instituciones financieras americanas si éstas no generan más de 10 dólares americanos al año, y en segunda, en el caso de cuentas bancarias de personas morales o arreglos, sólo se le reportan a México si dichas personas morales o arreglos son entes mexicanos, dejando de lado si el beneficiario efectivo de dichas cuentas es un residente para efectos fiscales en México. Es decir, un residente fiscal mexicano no será reportado al Servicio de Administración Tributaria (SAT) si constituye un Trust, o fideicomiso americano, y pone la cuenta bancaria a nombre de éste aunque por debajo del arreglo se encuentre la persona física que es residente para efectos fiscales de México.

Por otro lado, para los EUA la definición de “cuenta reportable” es mucho más amplia, ya que se obtiene mucha más información de México, puesto que se reportan todas las cuentas a nombre de titulares personas físicas o morales que sean residentes fiscales de los EUA, y en el caso de entidades que no sean americanas, existe la obligación de que se reporte la información de las personas físicas que sean las beneficiarias efectivas o que ejercen el control de dichas entidades y son residentes fiscales de los EUA.

⁵⁰ Kudrle, Robert T., “Tax Havens and the Transparency Wave of International Tax Legalization”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 37, núm. 1153, 2016, p. 1176. El gobierno estadounidense señaló que ve con buenos ojos el intercambio de información recíproco, sin embargo, no se comprometió a asegurarlo.

⁵¹ Posey, Bill, “Carta de Bill Posey, miembro del Congreso estadounidense, a Jack Lew, secretario del Tesoro (15 de enero de 2014)”, Estados Unidos, 2014, disponible en: http://www.repealfatca.com/downloads/Posey_Letter_to_Sec._Lew_July_1,_2013.pdf. El legislador discutía sus preocupaciones sobre FATCA, en especial la obligación de los EUA de compartir información financiera de cuentas bancarias aperturadas en bancos estadounidenses.

La situación descrita en los párrafos previos nos hace ver que hay un *full disclosure* de parte de México a los EUA, y un *partial disclosure* de parte de EUA a México.

Resulta importante señalar que la definición que ha adoptado México de “cuenta reportable” en el IGA México-EUA coincide con la definición contenida en el CRS de la OCDE o Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Fiscal a que se refiere la recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 15 de julio de 2014, del cual México forma parte y puede verse en el Anexo 25-Bis de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020. Dicha definición requiere un reporte multinivel en relación con el control de las cuentas financieras, como se observa a continuación:

D. Cuenta Reportable

1. El término “Cuenta Reportable” significa una cuenta mantenida por una o más Personas Reportables o por una ENF (Entidad No Financiera) Pasiva con una o más Personas que ejercen Control que sean Personas Reportables, siempre que haya sido identificada como tal de conformidad con los procedimientos de debida diligencia descritos en las Secciones II a VII.⁵²

En virtud de que los EUA no han adoptado el Estándar Internacional del Intercambio Automático de Información de la OCDE, que es el consenso internacional adoptado por la mayoría de los países alrededor del mundo, y debido a que no comparte información de manera recíproca con México al no dar información de manera multinivel y sólo a un nivel, se puede determinar que los EUA pueden ser considerados como un paraíso fiscal, ya que ha adoptado leyes y políticas que imposibilitan el intercambio de información efectivo de información, y no obstante que debido a sus normas de KYC (Know Your Customer), o debida diligencia que llevan a cabo sus bancos e instituciones financieras, sus autoridades tributarias cuentan con la información relevante que resulta crucial para que otras jurisdicciones combatan la evasión fiscal de sus contribuyentes que utilizan como refugio a los EUA para evitar el pago de sus impuestos conforme a la legislación doméstica de otros países.

⁵² Secretaría de Hacienda y Crédito Público, “Anexos 23, 25, 25-Bis y 27...”, *cit.*, véase Anexo 25-BIS, p. 20.

Incluso se debe mencionar que las cortes estadounidenses sostienen un principio denominado el “*revenue rule*” o “regla de ingresos”, que es un criterio del siglo XVIII derivado del *Common Law* que evita que los EUA reconozcan y ejecuten resoluciones foráneas. No reconoce las resoluciones foráneas en materia tributaria que conllevan a que si un contribuyente extranjero esconde su dinero en los EUA y no paga sus impuestos en su jurisdicción de origen, el gobierno extranjero no tiene forma de solicitar que se ejecute un crédito fiscal en contra de los activos del contribuyente en los EUA.⁵³

Resulta ridículo que las acciones tomadas por los EUA, que supuestamente buscaban mayor transparencia e intercambio de información a nivel global y que dieron lugar al famoso caso UBS de 2009, hayan hecho que la mayoría de las inversiones que buscaban la secrecía bancaria se pasaran de Suiza a los EUA,⁵⁴ que hoy por hoy no sólo resulta un refugio con la mayor estabilidad del mundo, sino que inclusive contiene factores que lo pueden clasificar como paraíso fiscal por su falta de intercambio de información hacia las demás jurisdicciones del mundo.

IV. CONCLUSIÓN

Con la reforma fiscal de los EUA que entró en vigor en 2018, la tasa corporativa del ISR disminuyó a una del 21%. La disminución en la tasa corporativa tributaria trajo dinamismo y competitividad a la economía estadounidense; sin embargo, también trajo como efecto inverso el que en México, conforme a la legislación fiscal de nuestro país, se le clasifique como un

⁵³ Brunson, Samuel D., “The U.S. as Tax Haven. Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule”, *Columbia Journal of Tax Law*, Estados Unidos, vol. 5, núm. 170, 2013-2014, p. 182. La regla de ingresos o *revenue rule* es una regla anacrónica de los EUA que protege que la riqueza, incluso mal habida, se mantenga en los EUA por la falta de reconocimiento de resoluciones de autoridades extranjeras.

⁵⁴ Drucker, Jesse, “The World’s Favorite New Tax Haven is the United States”, *Bloomberg Businessweek*, Estados Unidos, 27 de enero de 2016, p. 2. Debido a que los EUA no cumplen con estándares internacionales de transparencia fiscal, como la falta de reporte de manera multinivel, varias compañías y personas físicas han visto a los EUA como un importante lugar para llevar sus inversiones, inclusive los han nombrado la “Nueva Suiza”.

REFIPRE, dado que la tasa aludida es menor a una del 22.5%, que representa la barrera impuesta por la LISR vigente en los Estados Unidos Mexicanos, al ser el resultado de obtener una tasa igual o mayor al 75% de la tasa corporativa mexicana de personas morales que, según el artículo 9o. de la LISR, es del 30%.

Conforme al capítulo que regula los REFIPRES de la LISR, los contribuyentes mexicanos que, a través de sus inversiones o participaciones en entidades o figuras jurídicas extranjeras, obtengan ingresos, se encuentran obligados a reconocer dichos ingresos de manera anticipada bajo un régimen anti diferimiento, incluso cuando aún no se les hayan distribuido por ser un régimen de castigo a las inversiones o participaciones en jurisdicciones en donde existen tasas tributarias bajas o nulas. El régimen de castigo también se aplica a ingresos generados vía entidades o figuras jurídicas transparentes para efectos fiscales, con independencia de la tasa efectiva en las jurisdicciones en donde se localicen.

Debido a lo anterior, y aunado al hecho de que los contribuyentes con residencia fiscal en México están obligados a pagar el ISR sobre los ingresos que hayan generado a nivel global, también deben pagar los impuestos correspondientes por los ingresos que hayan obtenido bajo un REFIPRE, y deben cumplir con las obligaciones de reporte establecidas en la LISR mediante declaraciones informativas de los ingresos generados en jurisdicciones de baja o nula imposición en el ejercicio fiscal inmediato anterior.

A los contribuyentes mexicanos que tienen alguna relación con jurisdicciones de baja o nula imposición les resulta necesario determinar si los ingresos que hayan obtenido mediante entidades o figuras jurídicas extranjeras están sujetas a un REFIPRE, por lo que deben hacer un análisis transaccional tomando en consideración la utilidad o pérdida que hayan obtenido por todas las operaciones realizadas en un ejercicio fiscal, atendiendo al impuesto que, efectivamente, hayan causado y pagado en el extranjero, para así llegar a la conclusión de si dichos ingresos, en realidad, están sujetos o no a un REFIPRE. Para llegar a dicha conclusión resulta menester que el contribuyente determine dos situaciones: *a)* cuál es el monto del ISR que la entidad o figura jurídica extranjera pagó en la jurisdicción foránea relacionada al monto de la transacción que se le atribuye al contribuyente mexicano, y *b)* el contribuyente debe contrastar el impuesto pagado en el extranjero con la cantidad que pagaría en México por el ingreso percibido conforme a la legislación aplicable.

Con la disminución de la tasa corporativa del ISR de los EUA se entiende que se está lidiando con un REFIPRE, por lo que, en teoría, se estaría hablando de que México podría implementar medidas defensivas en materia tributaria, como retenciones de hasta el 40% sin deducción alguna de los pagos realizados a dicha jurisdicción (con los EUA se disminuirían a las tasas ordinarias previstas en la LISR aplicables a pagos a residentes en el extranjero, que, en la mayoría de los supuestos del Título V de la LISR y dependiendo del tipo de ingreso, son del 25% por la existencia de un acuerdo amplio de intercambio de información entre México y los EUA).

De conformidad con lo comentado en el presente estudio, se ha dicho que en los EUA existen tasas del impuesto sobre la renta a nivel federal y estatal, y en algunos casos hasta a nivel municipal, lo que nos lleva a entender que, a nivel federal, se paga una tasa del 21%, y dependiendo del estado de EUA en que se realicen las actividades, se debe pagar un ISR estatal que oscila entre el 0% y el 6%. Por ejemplo, en Nueva York hay una tasa del ISR estatal del 5.8%, en el Distrito de Columbia hay una tasa estatal del 8.25% y en Maryland también hay una del 8.25%. Al sumar las tasas comentadas en los casos anteriores, en Nueva York se daría una tasa combinada federal y estatal del 26.8%, en el Distrito de Columbia del 29.25% y en Maryland del 29.25%. En contraste, Texas no tiene un IRS a nivel estatal, por lo que, al sumar las tasas federal, del 21%, y estatal, del 0%, se llegaría a una del 21%.

Otro aspecto que no muchos estudios sobre el tema abordan son los impuestos sobre la renta a nivel municipal que se deben tomar en consideración con los ingresos gravables. Por decir, en Nueva York hay un ISR del 1.49% y en Maryland hay un ISR municipal del 2.28%. Al sumar las tasas a nivel federal, estatal y municipal de los estados comentados anteriormente, vemos que las tasas acumuladas en Nueva York llegan al 28.29% y en Maryland al 31.53%. En contraste, ni en el Distrito de Columbia ni en Texas existen impuestos sobre la renta a nivel municipal, por lo que sus tasas acumuladas a nivel federal, estatal y municipal llegarían al 29.25% en el Distrito de Columbia y al 21% en Texas.

Conforme a lo comentado, para superar la barrera del 22.5% prevista en la LISR en relación con los REFIPRES, vemos que en algunos casos se está en presencia de REFIPRES y en otros no. Por ejemplo, resulta notorio que si una empresa mexicana controla a una empresa en Texas, se encontraría en presencia de ingresos sujetos a un REFIPRE, dado que la tasa aplicable

a dichos ingresos es del 21%, mientras que si la empresa mexicana controla a una empresa en Nueva York, no se estaría en presencia de ingresos provenientes de un REFIPIRE, ya que los ingresos estarían sujetos a un tasa combinada del 28.29%.

En el caso mencionado de la empresa mexicana que controla a una empresa en Texas, veríamos que, conforme a la legislación anti diferimiento mexicana que evita que se mantengan ganancias afuera de México para evitar el pago del ISR, los ingresos de la empresa de Texas serían gravables para la empresa mexicana en el ejercicio en el que se generen y en la proporción de su participación, aun y cuando la empresa de Texas no haya distribuido dividendos hacia su matriz mexicana. Dichos ingresos deberán ser reportados ante las autoridades tributarias de México conforme a la legislación aplicable.

Sobre la legislación en vigor anterior a la reforma fiscal 2020, resulta claro que el acercamiento al problema de la suma de tasas de los impuestos sobre la renta a nivel federal, local y estatal no podría ser tomado en cuenta, ya que, jurídicamente y conforme al artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, las disposiciones fiscales son de aplicación estricta, porque ni el artículo 176 de la LISR ni el artículo 2o., párrafo 3, del Tratado para Evitar la Doble Tributación celebrado entre México y los Estados Unidos, consideraban a los impuestos sobre la renta distintos al ISR a nivel federal. Esto se corrobora claramente al observar que el párrafo 3 del artículo 2o. del Tratado para Evitar la Doble Tributación, claramente señala que el único impuesto comprendido por parte de los EUA es el ISR federal contemplado en su Código de Rentas Internas.

En opinión del autor, la postura sostenida por algunos comentaristas sobre el tema en relación con que el Tratado para Evitar la Doble Tributación le abría la puerta a los impuestos estatales y municipales de cada estado de EUA mediante el artículo 25 de dicho instrumento legal, no parece muy sólida, ya que sólo se refiere a una protección para que un estado no imponga impuestos a otro nivel gubernamental con el fin de afectar a los residentes fiscales de otro estado. Esto porque, evidentemente, el artículo 2o. señala que el tratado aplica nada más al ISR federal previsto en Código de Rentas Internas de los EUA y al ISR previsto en la LISR de México.

La anterior opinión legal se da pese a que el SAT, por presiones políticas y sin ningún fundamento legal sólido, señaló, en agosto de 2018 en una publicación de preguntas frecuentes del Portal del Servicio de Administración Tribu-

taria, que el Capítulo I del Título VI de la LISR no distinga entre impuestos sobre la renta federales o locales, por lo que permitió como una facilidad administrativa —que no venía prevista en la Resolución Miscelánea Fiscal para 2018— que se podían tomar en cuenta todos los impuestos sobre la renta efectivamente pagados sin importar a qué autoridad se les haya pagado. Además, en dicho comunicado el SAT no hizo un pronunciamiento claro sobre si los EUA eran un REFIPRE al decir, erróneamente, que la LISR no establece una lista de países o jurisdicciones que sean REFIPRES porque se le olvidó que, para efectos del artículo 178 de la LISR, se hace referencia al artículo 9o., fracción XLII, de las disposiciones transitorias de 2014, que imponen la obligación a contribuyentes de presentar una declaración informativa en el mes de febrero de cada año sobre los ingresos que hayan generado o generen en el ejercicio inmediato anterior sujetos a REFIPRES, o en sociedades o entidades cuyos ingresos estén sujetos a dichos regímenes. El anterior error se dio porque el SAT limitó su explicación a la fórmula matemática prevista en el artículo 176 de la LISR, que habla de la existencia de REFIPRES cuando los ingresos de mérito causen un impuesto inferior al 75% del ISR que se causaría y pagaría en México y que, en el caso de personas morales, es del 30%.

Por otro lado, conforme a la legislación en vigor a partir de la reforma fiscal 2020, no obstante las reglas de la LISR sobre REFIPRES, las adiciones parece que fueron específicamente diseñadas para atender la posibilidad de que exista un REFIPRE en los EUA; si permiten estimar el monto del ISR pagado por una entidad o figura jurídica en los EUA sin distinguir si el ISR a tomarse en consideración debe ser a nivel federal, estatal o municipal. Es decir, las adiciones al artículo 176 de la LISR abren la puerta para que se puedan adicionar las diferentes tasas del ISR que se causen en los EUA, sean éstas a nivel federal, estatal o municipal, para dar una tasa combinada que pueda superar la barrera de una igual o superior al 22.5% que evite que los ingresos de dicha entidad sean considerados ingresos obtenidos por conducto de un REFIPRE.

Resulta importante señalar que aunque las adiciones al artículo 176 de la LISR permiten la adición de tasas a nivel federal, local y municipal, en algunos casos, como el de Texas y Wyoming, claramente se estaría en presencia de ingresos sujetos a REFIPRES en el supuesto de que una entidad mexicana controle a una entidad o figura jurídica que realice operaciones en esos estados.

Conforme a lo comentado, y aplicando la legislación fiscal vigente en 2020, se puede declarar que la comparación del ISR efectivamente causado

y pagado en los EUA con el ISR que se causaría y pagaría en México debe hacerse tomando en consideración a los impuestos a nivel federal, estatal y municipal que la entidad o figura jurídica pagó en los EUA por sus transacciones, siempre y cuando los impuestos a nivel estatal y municipal sean ISR.

Pese a lo anterior, no se debe perder de vista que el párrafo octavo del artículo 176 de la LISR permite un comparativo de las tasas estatutarias de los impuestos sobre la renta foráneos con la tasa del 30% prevista en el artículo 9o. de la LISR, pero sólo si la entidad extranjera no está sujeta a algún crédito o beneficio fiscal en su país o jurisdicción de residencia que reduzca su base imponible o impuesto a pagar que no se otorgaría en México, y cuando dicho país o jurisdicción tenga un acuerdo amplio de intercambio de información con México.

En relación con lo anterior, es necesario recordar que, como se comentó en el presente análisis, la Sección 164(a) del Código de Rentas Internas de los EUA establece que se permite deducir los impuestos sobre la renta estatales y locales como un gasto estrictamente indispensable del ISR federal,⁵⁵ por lo que, en realidad, los impuestos sobre la renta estatales y locales pueden ser neutralizados para que sólo se pague el ISR a nivel federal del 21%.

En resumen, al hacer un análisis conforme al artículo 176 de la LISR se puede arribar a la conclusión de que los EUA son un REFIPRE porque su tasa corporativa es del 21%, la cual es menor a la tasa del 22.5% que se pone como límite para que la LISR no determine que una jurisdicción con una tasa inferior a la señalada es, en efecto, un REFIPRE.

Por otro lado, es importante enfatizar que los EUA no cumplen con el nuevo estándar de intercambio automático de información establecido en el CRS de la OCDE, pues ni siquiera participa en dicho instrumento aunque justifica su ausencia al señalar que tiene en vigor IGAs para mejorar el cumplimiento fiscal internacional, incluyendo la FATCA. Y como hemos visto, el intercambio automático de información entre los EUA y otras jurisdicciones, con relación a cuentas financieras, no es equitativo, ya que sólo reparte información a un nivel, mientras recibe información de manera multinivel. Aunado a esto, los EUA aún no han ratificado la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Fiscales desarrollada por la

⁵⁵ Murray, Jean, "What Business Tax Costs can be Deducted", *The Balance Small Business*, Estados Unidos, 26 de agosto de 2019, disponible en: <https://www.thebalancesmb.com/what-business-tax-costs-can-be-deducted-398968> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2020).

OCDE, siendo que 128 jurisdicciones, dentro de las cuales está México y los países de Europa Occidental, ya lo han hecho.

Sumado a lo anterior, en 2018 la Tax Justice Network clasificó a los EUA, solamente detrás de Suiza, como el segundo paraíso fiscal más importante del mundo, de acuerdo con el Índice de Secreto Financiero 2018 de dicha institución. Situación que fue claramente reconocida por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados de México en un estudio publicado el 7 de febrero de 2018.

Dado que los EUA no cumplen con sus obligaciones de intercambio de información con otras jurisdicciones, aunque en muchos casos sí cuenta con la información financiera requerida por autoridades tributarias foráneas, se podría determinar que los EUA son un REFIPRE por, precisamente, no cumplir con esas obligaciones de intercambio de información conforme a los criterios establecidos por la OCDE, en especial por lo sustentado por esta organización internacional en su Reporte Final de la Acción 5 del Proyecto BEPS.

Finalmente, y concluyendo, se puede afirmar que para efectos fiscales de México, los EUA sí califican como un REFIPRE conforme a lo previsto en la LISR, pues dicha jurisdicción tributa a una tasa baja a nivel corporativo conforme a los criterios mexicanos, que es menor al 75% de la tasa corporativa del 30% vigente en México. Pero, además, porque cumplen con uno de los factores determinantes para calificar a una jurisdicción como un REFIPRE —anteriormente llamado paraíso fiscal—, que es, como se dijo líneas antes, no cumplir con sus obligaciones de intercambio de información, según lo reglamentado por la OCDE.

V. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alcalá, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, 2a. ed., México, Oxford, 2015.

AUERBACH, Alan J., “Measuring the Effects of Corporate Tax Cuts”, *Journal of Economic Perspectives*, Estados Unidos, vol. 32, núm. 4, otoño de 2018.

AVI-YONAH, Reuven S., *Double Tax Treaties: An Introduction*, Estados Unidos, University of Michigan Law School, SSRN, 2007.

- AVI-YONAH, Reuven S. y VALLESPINOS, Martin, “The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO”, *University of Michigan Law & Econ Research Paper*, núm. 18-006; *University of Michigan Public Law Research Paper*, Estados Unidos, núm. 596, 28 de enero de 2018.
- BANCO SANTANDER, S. A., “Cifras del comercio exterior en México”, disponible en: <https://es.portal.santandertrade.com/analizar-mercados/mexico/cifras-comercio-exterior>.
- BARRO, Robert J. y FURMAN, Jason, “Macroeconomic Effects of the 2017 Tax Reform”, *Brookings Papers on Economic Activity*, Estados Unidos, vol. 2018, núm. 1, 2018.
- BOLAÑOS, Martha P., “Off Shore, los paraísos fiscales ¿para la evasión?”, *Alto Nivel*, 10 de abril de 2013, disponible en: https://www.ccpm.org.mx/avisos/off_shore.pdf.
- BRUNSON, Samuel D., “The U.S. as Tax Haven. Aiding Developing Countries by Revoking the Revenue Rule”, *Columbia Journal of Tax Law*, Estados Unidos, vol. 5, núm. 170, 2013-2014.
- CALVO NICOLAU, Enrique, *Tratado del impuesto sobre la renta*, México, Themis, 1998.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Gaceta Parlamentaria*, año XXII, núm. 5398, 30 de octubre de 2019, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/oct/20191030.html>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, Ley del Impuesto Sobre la Renta, última reforma, *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, 9 de diciembre de 2019, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_301116.pdf.
- COCKFIELD, Arthur J., “Big Data and Tax Haven Secrecy”, *Florida Tax Review*, Estados Unidos, vol. 18, 2016.
- COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS DE MÉXICO e INSTITUTO MEXICANO DE CONTADORES PÚBLICOS, *Introducción a los impuestos internacionales*, México, IMCP, 2006.
- DONOHUE, Michael P. et al., “Back to the Drawing Board: The Structural and Accounting Consequences of a Switch to a Territorial Tax System”, *National Tax Journal*, Estados Unidos, vol. 66, núm. 3, 2014.
- DRUCKER, Jesse, “The World’s Favorite New Tax Haven is the United States”, *Bloomberg Businessweek*, Estados Unidos, 27 de enero de 2016.
- GLOBAL FORUM ON TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX MATTERS, OECD, “Automatic Exchange of Information (AEOI):

Status of Commitments”, agosto de 2020, disponible en: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/commitment-and-monitoring-process/AE-OI-commitments.pdf>.

GUTIÉRREZ, Mario Alberto y CHÁVEZ, Juan José, “Reforma Fiscal de los Estados Unidos y sus Efectos en México”, Cámara Española de Comercio y PwC, febrero de 2018, disponible en: https://comescom.com.mx/wp-content/uploads/2018/02/Reforma-Fiscal-USA-27-feb-2018_.pdf.

HAKELBER, Lukas, “The Power Politics of International Tax Cooperation: Luxembourg, Austria and the Automatic Exchange of Information”, *Journal of European Public Policy*, Reino Unido, vol. 22, núm. 3, 2015.

HEINEMANN, Friedrich *et al.*, “Implications of the US Tax Reform for Transatlantic FDI”, *Intereconomics*, Alemania, vol. 53, 2018.

HERZFELD, Mindy, “US Tax Reform: Worth Waiting 30 Years For?”, láminas de presentación, Estados Unidos, University of Florida College of Law, 30 de mayo de 2018.

INTERNAL REVENUE SERVICE, “With new SALT limit, IRS Explains Tax Treatment of State and Local Tax Refunds”, IR-2019-59, 29 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.irs.gov/newsroom/with-new-salt-limit-irs-explains-tax-treatment-of-state-and-local-tax-refunds>.

KNYAZEV, Timur, *US Tax Reform for Hipsters*, Estados Unidos, Timur Knyazev, CPA, 2018.

KUDRLE, Robert T., “Tax Havens and the Transparency Wave of International Tax Legalization”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 37, núm. 1153, 2016.

LYON, Andrew B. y MCBRIDE, William A., *Assessing US Global Tax Competitiveness after Tax Reform*, Estados Unidos, Pricewaterhouse Coopers LLP, National Tax Association, 9 de mayo de 2018.

MEINZER, Markus, “Automatic Exchange of Information as the New Global Standard: The End of (Offshore Tax Evasion) History”, *Tax Justice Network*, Reino Unido, 27 de febrero de 2017.

MURRAY, Jean, “What Business Tax Costs can be Deducted”, *The Balance Small Business*, Estados Unidos, 26 de agosto de 2019, disponible en: <https://www.thebalancesmb.com/what-business-tax-costs-can-be-deducted-398968>.

NECHYBA, Thomas J., “Local Property and State Income Taxes: The Role of Interjurisdictional Competition and Collusion”, *Journal of Political Economy*, Estados Unidos, vol. 105, núm. 2, abril de 1997.

- OCDE, “Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5-Informe final 2015”, 2015, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241190-en.pdf?expires=1598038726&id=id&accname=guest&checksum=5C89AF3EB302C7E25F17FBD4D2D61D74>.
- OCDE, “Harmful Tax Practices, an Emerging Global Issue”, 1998, disponible en: <https://www.oecd.org/tax/harmful/1904176.pdf>.
- POSEY, Bill, “Carta de Bill Posey, miembro del Congreso estadounidense, a Jack Lew, secretario del Tesoro (15 de enero de 2014)”, Estados Unidos, 2014, disponible en: http://www.repealfatca.com/downloads/Posey_letter_to_Sec._Lew_July_1,_2013.pdf.
- “Regímenes fiscales preferentes y los Estados Unidos”, *Contaduría Pública*, mayo de 2018, disponible en: <http://contaduriapublica.org.mx/2018/05/03/regimenes-fiscales-preferentes-y-los-estados-unidos/>.
- RODRÍGUEZ MEDINA, Gilberto, *Comentarios sobre la disminución de la tasa del ISR corporativo de la reforma fiscal en Estados Unidos*, México, Colegio de Contadores Públicos de México, 2018, PAF 701.
- SECRETARÍA DE ECONOMÍA, SUBSECRETARÍA DE COMERCIO EXTERIOR, GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, “Exportaciones totales de México”, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/428436/Acum-Exporta_nov2018.pdf.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, “Anexo 23, 25, 25-Bis y 27 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, publicada el 28 de diciembre de 2019”, *DOF*, 17 de enero de 2020, disponible en: [https://www.sat.gob.mx/normatividad/21127/resolucion-miscelanea-fiscal-\(rmf\)-](https://www.sat.gob.mx/normatividad/21127/resolucion-miscelanea-fiscal-(rmf)-).
- WAGNER, Alexander F. *et al.*, “Unequal Rewards to Firms: Stock Market Responses to the Trump Election and the 2017 Corporate Tax Reform”, *AEA Papers and Proceedings*, Estados Unidos, 108: 590-96, 2018.
- WALCZAK, Jared, *2020 State Business Tax Climate*, Tax Foundation, disponible en: <https://taxfoundation.org/2020-state-business-tax-climate-index/>.
- WANG, Emily, “The Opaque Future of Tax Information Sharing between the United States and China: An Analysis of Bank Secrecy Laws and the Likelihood of Entrance into a Tax Information Exchange Agreement”, *Hastings International & Comparative Law Review*, Estados Unidos, vol. 35, núm. 411, 2012.

**A multifacetária legitimidade da *Soft Law*
e o caso do *Guiding Principles*
on *Internal Displacement***

***The Multiple Legitimacy of Soft Law
and the Case of the Guiding Principles
on Internal Displacement***

***La légitimité multiforme du Soft Law
et le cas du Guiding principles
du déplacement d'internet***

Rodrigo Lobato **Oliveira de Souza***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Elementos para a (re)construção da legitimidade da Soft Law pelo movimento plural e difuso*. III. *Case Study: The Guiding Principles on Internal Displacement como Soft Law. Fundamentos, influência e força normativa*. IV. *Conclusão*. V. *Bibliografia*.

* Universidade Autónoma de Lisboa, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8720-1996>, rodrigolbt.advogado@gmail.com.

Artículo recibido el 9 de abril de 2019
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 703-740
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O presente texto possui como ponto central o estudo da *Soft Law* como novo paradigma do cenário jurídico-normativo internacional, tratando especificamente do *Guiding Principles on Internal Displacement* como documento direcionado ao estabelecimento de padrões mínimos para a proteção dos deslocados internos (*internally displaced persons*), bem como a prevenção e solução dos problemas relativos ao *internal displacement*. Sustentando-se a tese de que tal documento constitui uma verdadeira “Constituição do subsistema parcial dos *internally displaced*”, analisa-o sob a ótica da *Global Governance* e do Transconstitucionalismo, defendendo, assim, sua normatividade, juridicidade e legitimidade plural e difusa.

Palavras-chave: *Soft Law*, direitos humanos, governança, transconstitucionalismo.

ABSTRACT: This text has as central point the study of Soft Law as a new paradigm of international legal-normative scenario, dealing specifically with the Guiding Principles on Internal Displacement as a document directed to the establishment of minimum standards for the protection of idps (internally displaced persons), as well as the prevention and solution of problems related to internal displacement. Supporting the thesis that this document constitutes a genuine “Constitution of the partial subsystem of internally displaced”, parses it under the perspective of the Global Governance and the Trans-Constitutionalism, defending their normativity, juridicity and their plural and diffuse legitimacy.

Key words: Soft Law, human rights, governance, trans-constitutionalism.

RÉSUMÉ: Le présent texte a pour point central l'étude du *Soft Law* comme un nouveau paradigme du scénario juridique-normatif international, traitant spécifiquement des principes directeurs sur les déplacements internes en tant que document visant à établir des normes Pour la protection des personnes déplacées à l'intérieur du marché (personnes déplacées), ainsi que la prévention et le règlement des problèmes liés aux déplacements internes. Soutenant la thèse que ce document constitue une véritable «constitution du sous-système partiel des déplacés internes», l'analyse du point de vue de la gouvernance mondiale et du Transconstitutionnalisme, défendant ainsi sa normativité, sa juridicité et Légitimité plurielle et diffuse.

Mots-clés: *Soft Law*, droits de l'homme, la gouvernance, transconstitutionnalisme.

I. INTRODUÇÃO

Perfaz-se incontestemente que o fator globalização tem paulatinamente arrefecido a hermética compreensão da autodeterminação político-institucional dos Estados.¹ O surgimento de novas problemáticas de manifesta dimensão global² tem cada vez mais pressionado a sociedade moderna a adotar uma adequada e eficaz responsividade mediante o diálogo coordenado entre distintos ordenamentos jurídico-políticos. Questões relativas à proteção universal dos direitos humanos, ao tratamento jurídico-penal e político-penal das organizações criminosas internacionais e transnacionais, o enquadramento jurídico-político relativo ao desenvolvimento e armazenamento de armamento nuclear, bem como a problemática concernente às alterações climáticas, dada a sua afetação global, não podem se quedar restritas ao tratamento endereçado pelos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados, devendo, portanto, se submeter ao espectro regulatório do Direito Internacional.

Da perspectiva jurídico-internacional, a adequação regulatória de temáticas que lhe são afetas não se dá da mesma forma e proporção que no âmbito do direito interno dos Estados, pois ao invés de se submeterem a uma estrita vinculação ao princípio da legalidade como expressão do princípio do Estado de Direito (*Rechtstaatsprinzip*)³ e às lindes do exercício da soberania estatal, o produto do processo decisório deve ser alcançado por meio de amplos diálogos institucionais destinados ao atingimento de um consenso ótimo, de toda forma sujeito ao princípio geral do *pacta sunt servanda*.⁴ Conquanto, ainda

¹ Garcia, Frank J., “Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law”, *Boston College Law Review*, Massachusetts, vol. 54, núm. 3, art. 3, 2013, p. 904. Afirmando que, ao menos em alguns aspectos, o processo de globalização tornou os Estados enfraquecidos frente às forças globais.

² *Ibidem*, pp. 904 e 905. Afirma que um dos principais impactos da globalização está na revolução dos processos de telecomunicação, eliminando óbices como o tempo e espaço no âmbito das relações interpessoais, tornando, portanto, nenhuma região ou país imune a problemas relativos à prática de crimes em massa, à propagação do terror, bem como os efeitos nefastos de conflitos regionais.

³ Para um conceito geral de Estado de Direito, *cf.* Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 86 e 87.

⁴ De acordo com Granoff, Jonathan, “Pacta Sunt Servanda: Nuclear Weapons and Global Secure Sustainable Development”, *Southwestern Journal of International Law*, California, vol.

assim o produto normativo do processo decisório em âmbito internacional carece de ratificação perante a ordem interna dos Estados, condicionando-se a específicos e distintos processos legislativos.

Neste sentido, a problemática de partida subjacente à análise que ora se pretende decorre do confronto entre a irrefutável emergência de novos desafios regulatórios para o Direito Internacional e o condicionamento do produto dos seus processos de tomada de decisão a procedimentos internos dos Estados, que em sua grande maioria são excessivamente burocráticos, padecendo a responsividade internacional às novas problemáticas de redução efetividade. Assim sendo, questiona-se se as fontes (clássicas) do Direito Internacional apontadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁵ (convenções internacionais, costume internacional, princípios gerais do direito, opiniões jurídicas e decisões judiciais) são as únicas possíveis e suficientes ao enfrentamento de todas as questões regulatórias de cariz internacional ou se têm os Estados se utilizado de outras, notadamente em vista à dinamicidade do cenário político-social.

Em resposta não exauriente ao questionamento anterior, a doutrina tem apontado para a insuficiência do rol descrito no póstico do art. 38 do Estatuto da CIJ,⁶ demonstrando o recrudescimento do manejo de instrumentos regulatórios outros ali não previstos,⁷ entretanto mais céleres, eficientes e responsivos aos novos problemas e desafios de ordem global⁸. Nesse processo evolutivo-regulatório do Direito Internacional e suas fontes, a doutrina passou a distinguir entre aqueles elementos normativos de natureza vinculante (*hard*) e os de natureza a princípio não-vinculante

21, núm. 2, marzo-mayo de 2015, pp. 311 e 312. A máxima *pacta sunt servanda* é o elemento normativo responsável por assegurar segurança jurídica e estabilidade internacional.

⁵ Statute of the International Court of Justice, disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>.

⁶ Apontando a referida insuficiência, ao menos no âmbito da proteção dos direitos humanos, cfr. Olivier, Michèle, “The relevance of «soft law» as source of international human rights”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Southern Africa, vol. 35, núm. 3, 2002, p. 289.

⁷ Hillgenberg, Hartmut, “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 10, núm. 3, 1999, p. 499.

⁸ Neste sentido, cfr. Garcia, Frank J., *op. cit.*, p. 909. Aduzindo que o processo de globalização tem provocado profundas alterações no papel regulatório do Direito e seus instrumentos, provocando inclusive o surgimento de novas formas de governança para fins de adaptação aos novos desafios globais.

(*soft*).⁹ Dentre os novos instrumentais manejados pelos Estados no contexto internacional, pode-se referenciar os acordos políticos, recomendações, resoluções emitidas por organizações internacionais governamentais ou não-governamentais, linhas-guia e princípios,¹⁰ todos reconduzidos à categoria doutrinária compreendida sob o significante *Soft Law*,¹¹ cuja principal característica apontada é a sua (suposta) não-vinculatividade.¹²

No que tange ao conceito de *Soft Law*, Steven A. Kennett aponta três formas básicas de compreensão: a primeira, como “pré-direito” (*pre-law*), onde normas e princípios emergentes são adotados como pontos de base ao tratamento de determinada problemática; segundo, pode designar um conjunto de regras que, a despeito de não vinculantes, são dotadas de um *status* jurídico capaz de influenciar diretamente o Direito Internacional como um todo; e terceiro, pode indicar uma fase transitória do processo regulatório onde as normas, assumindo uma estrutura aberta e genérica, constituem um parâmetro jurídico mínimo para a posterior elaboração de normas mais específicas e vinculantes,¹³ razão pela qual Gregory C. Shaffer e Mark A. Pollack salientam que *Hard Law* e *Soft Law* muitas das vezes podem assumir funções complementares.¹⁴

Por um lado, a ideia subjacente ao significante *Soft Law* acaba por encerrar um certo contrassenso,¹⁵ posto que a compreensão de um “Quase-direito”,

⁹ Kennedy, David, “The Sources of International Law”, *American University International Law Review*, Washington, vol. 2, núm. 1, art. 1, 1987, p. 20.

¹⁰ Williamson, Richard L. Jr., “Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses”, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, vol. 4, núm. 1, art. 7, abril de 2003, p. 63.

¹¹ Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, p. 372.

¹² *Cfr.* Di Robilant, Anna, “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 54, núm. 3, julio de 2006, p. 499-554.

¹³ Kennett, Steven A., “Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment”, *Alberta Law Review*, Alberta, vol. 31, núm. 4, pp. 646 e 647.

¹⁴ Schaffer, Gregory C. e Pollack, Mark A., “Hard versus Soft Law in International Law Security”, *Boston College Law Review*, Massachusetts, vol. 52, núm. 4, art. 1, 2011, p. 1156.

¹⁵ Para críticas ao termo *Soft Law*, *cf.* Lichtenstein, Cynthia C., “Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?”, *The International Lawyer*, Chicago, vol. 35, núm. 4, diciembre-febrero de 2001, p. 1433. Ainda, sobre o paradoxo conceitual, *cf.* Ferris, Elizabeth e Bergmann, Jonnas, “Soft Law, Migration and Climate Change Governance”, *Journal of Human Rights and Environment*, Cheltenham, vol. 8, núm. 1, marzo de 2017, p. 12.

cujos instrumentos são desprovidos de força vinculante (elemento obrigacional primário), apresenta-se contrária à indispensável coercitividade do Direito como um todo. De outra banda, a operacionalização de instrumentos de *Soft Law* decorre do processo de evolução das relações internacionais frente à complexidade e dinamicidade dos emergentes desafios e problemas que se colocam à resolução ao nível global. Conquanto a operacionalização de instrumentos *soft* para o tratamento de determinadas matérias seja de fato útil e minimamente eficaz, notadamente por evitar o esvaziamento regulatório internacional no âmbito do processo interno e excessivamente burocrático dos Estados, o seu crescente manejo tem suscitado o questionamento da própria legitimidade do Direito Internacional. Ladeando o fator globalização, a evolução do tratamento normativo na ordem internacional passou por um processo de descentralização, não apenas pelo manejo de instrumentos normativos *soft*, mas porque a sua utilização passou igualmente às mãos de atores não-estatais (por exemplo, organizações não-governamentais) com evidente reflexos sobre questões de indelével relevância, como a proteção de direitos fundamentais reconhecidos pela ordem constitucional dos Estados.

Isto posto, a presente investigação traz à lume discussões sobre as formas de (re)construção da legitimidade dos instrumentos de *Soft Law* no âmbito jurídico internacional, encetando a tese de que, a partir da perspectiva da *Governança Global* e do *Transconstitucionalismo*, é possível reconduzirmos elementos *soft* ao enquadramento das fontes jurídico-normativas do Direito Internacional. Desta feita, na Parte II serão oferecidos e analisados os elementos de base para a fundamentação da legitimidade normativa dos instrumentos de *Soft Law*; na Parte III, alguns aspectos do *Guiding Principles on Internal Displacement* serão discutidos como estudo de caso; apresentando-se por fim, na Parte IV, os argumentos de fecho à defendida legitimidade da *Soft Law* como fonte normativa legítima do Direito Internacional.

II. ELEMENTOS PARA A (RE)CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DA *SOFT LAW* PELO MOVIMENTO PLURAL E DIFUSO

De início, deve-se salientar a característica “temperada” da normatividade do Direito Internacional. Excluída a submissão a uma normatividade estri-

ta, centrada no elemento da “estatalidade” (esfera pública estatal), o processo regulatório-decisório do Direito Internacional deve ser compreendido sob a perspectiva da dinamicidade e da pluralidade dos ordenamentos jurídicos imbricados. Para que se proceda à análise e a defesa da legitimação plural e difusa da *Soft Law* (algo que se opera tanto pelo discurso quanto pelo intercâmbio material-normativo), serão utilizados como *topoi*: a *interculturalidade*, a *intersemiotividade* e a *interconstitucionalidade*.

No contexto de uma pluralidade de culturas constitucionais envolvidas no processo regulatório-decisório internacional, há que se buscar mecanismos operacionais para o estabelecimento de um diálogo adequado para fins de atingimento de uma comunicabilidade material entre sistemas de distintas feições normativas. Neste desiderato, os *topoi* acima referidos visam, em atuação conjunta, a compreensão de diferentes ordens jurídico-políticas no contexto de um processo de Transconstitucionalismo, cada qual dotado de funcionalidade voltada à estabilização de elementos constitucionais variados ao nível do processo regulatório-decisório de âmbito internacional.

O topos interculturalidade. No contexto de uma ambiência sócio-política permeada por distintos fundamentos culturais, a interculturalidade aponta para a necessidade de se estabelecer uma relação empática entre *topoi* culturais inicialmente não comunicáveis. Para que tal diálogo seja viabilizado, faz-se necessária a operacionalização de um método hermenêutico diatópico,¹⁶ através do qual a observação e compreensão “do outro” (*topoi* culturais alheios), deve-se partir da neutralização do ponto de vista “original” do observador, a fim de que de simples objeto cognoscível, o *alter* (material cultural “do outro”) se torne igual sujeito cognoscente. A interculturalidade surge, em verdade, como uma nova abordagem à integração sócio-política, assumindo que, dada a fragmentária e mutável noção de identidade cultural da sociedade moderna, os distintos elementos

¹⁶ No que tange à hermenêutica diatópica, Sousa Santos, Boaventura de, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, en Hernández-Truyol, Berta (ed.), *Moral Imperialism. A Critical Anthology*, New York University Press, 2002, pp. 47 e 48. Argumenta ser indispensável, como ponto de partida para qualquer diálogo intercultural, o reconhecimento da “incompletude” tanto do sistema étnico-cultural observador quanto do sistema observado, caso contrário a mera imposição de fortes *topoi* culturais sobre um sistema alheio tornaria qualquer comunicação inviável, além de provocar severos conflitos, desintegração social e estigmatização.

culturais devem ser reconhecidos sob o vetor da igual dignidade, promovendo-se um diálogo voltado à resolução de possíveis incompatibilidades.¹⁷ De acordo com Shkelzen Hasanaj, a interculturalidade deve ser compreendida em quatro elementos básicos: primeiro, a diversidade, reconhecendo-se, como base do diálogo intentado, que as distintas nações são compostas como uma coletividade de indivíduos, cujas origens étnicas e culturais são diversas; segundo, a homogeneidade, pela qual se deve compreender que os distintos grupos culturais e étnicos são iguais em dignidade; terceiro, a multipolaridade, reconhecendo-se que em um mesmo território coexistem diversos grupos sociais; e quarto, a dualidade, que o igual reconhecimento distintos grupos étnico-culturais deve se conferido tanto para as maiorias quanto para as minorias.¹⁸

O topos intersemioticidade. A intersemioticidade expressa o fluxo comunicacional e a dinamicidade de intercâmbios de símbolos jurídicos (teorias, discursos, argumentos, elementos normativos) de distintas culturas sócio-políticas. Pela interconexão semiótica, diferentes ordenamentos jurídicos buscam a irrigação material de seus respectivos sistemas através da assimilação recíproca, ainda que temperada, de expressões jurídico-normativas alheias.¹⁹ Assim, doutrinas, argumentos jurídicos, fundamentações teóricas e até mesmo decisões judiciais pertencentes a outros ordenamentos jurídicos são elementos assumidos como materiais de trabalho de um dado sistema, encetando-se, assim, um diálogo material entre ordens originalmente tidas por estanques.²⁰ A título de exemplificação, o discurso jurídico dos direitos humanos pode ser compreendido sob tal perspectiva intersemiótica, uma vez que a linguagem normativa comumente manejada na matéria, ape-

¹⁷ Hasanaj, Shkelzen, “Multiculturalism vs. Interculturalism: New Paradigm? (Sociologic and Juridical Aspects of the Debate between the two Paradigms)?”, *Journal of Education & Social Policy*, Nueva York, vol. 4, núm. 2, junio de 2017, pp. 171-177.

¹⁸ *Ibidem*, p. 176.

¹⁹ Neste sentido, Barroso, Luís Roberto, “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Massachusetts, vol. 35, núm. 2, art. 2, 2012, p. 344. Afirma que a formação de novas democracias levou à busca pela troca de novas informações e perspectivas, notadamente no intuito de se atingir um possível consenso no âmbito do discurso jurídico transnacional.

²⁰ Balkin, J. M., “The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics”, *University of Miami Law Review*, Florida, vol. 44, núm. 5, 1990, p. 1138. Ressalta a importância do estudo semiótico do discurso jurídico como forma de compreensão da linguagem utilizada por determinada cultura jurídica e da ideologia que lhe é subjacente.

sar de abarcar especificidades de cada ordenamento jurídico estatal, opera a partir de um diálogo intercultural de símbolos jurídicos assentados sob o denominador axiológico da “dignidade humana”.²¹

O *topos interconstitucionalidade*.²² De início, há que se salientar que a interconstitucionalidade constitui reflexo direto da conjugação *topoi* anteriormente referidos, ou seja, constitui produto da atuação conjunta dos elementos de “interculturalidade”²³ e “intersemioticidade”. Em breve guisa de conceituação, a interconstitucionalidade expressa o fenômeno pelo qual distintas ordens jurídico-constitucionais realizam o intercâmbio de materiais constitucionais de variada natureza, emergindo deste processo uma linguagem ou discurso transnacional sobre matéria constitucional, ao que se pode referenciar, como exemplo, as cláusulas do “Estado de Direito”, “Estado Social”, “Estado Constitucional Democrático”, “democracia”, “controle de constitucionalidade das leis”, “separação de poderes”, “direitos, liberdades e garantias constitucionais”, dentre outros elementos.²⁴ O intercâmbio de elementos da “cultura constitucional” (interculturalidade)²⁵ e de “textos normativos” (intersemioticidade)²⁶ constituem, simultaneamente, o material intercambiável e a condição de procedibilidade ao diálogo transconstitucional, permitindo a observação, a análise e a apreensão de experiências diversas, uma vez que os textos constitucionais se encontram cada vez mais em diversos níveis de conexão.²⁷

²¹ Sobre um consenso acerca do conteúdo mínimo do conceito de dignidade humana, *cf.* McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Oxford, vol 19, núm. 4, 2008, 679 e 680.

²² Para uma teoria da interconstitucionalidade, *cf.* Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1425 e ss.

²³ Neste sentido, Rocha, Leonel Severo e Tonet, Fernando, “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro de novas observações estatais”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 115, julio-diciembre de 2017, p. 481. Afirnam: “A teoria da interconstitucionalidade só é possível através da junção de culturas”.

²⁴ É neste sentido que Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 343. Afirma ocorrer a recíproca citação de decisões judiciais de ordem constitucional no contexto de um amplo diálogo institucional.

²⁵ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional...*, *cit.*, pp. 1427 e 1428.

²⁶ *Ibidem*, pp. 1429 e 1430.

²⁷ Rocha, Leonel Severo e Tonet, Fernando, *op. cit.*, p. 479. “Quando esses mecanismos sistêmicos se unem e dialogam entre si, criam um ambiente de interorganização sistêmica, que é possível graças à autonomia de cada organização”.

Referenciados os *topoi* acima, questiona-se: qual a conexão existente entre tais elementos, o Direito Internacional, e a necessidade de legitimação dos instrumentos de *Soft Law*?

Os *topoi* “interculturalidade”, “intersemioticidade” e “interconstitucionalidade” constituem os elementos-amálgama que tornam possível o intercâmbio de materiais normativos entre distintos ordenamentos jurídico-políticos no processo regulatório-decisório em âmbito internacional, cuja operacionalização permite o estabelecimento de um amplo diálogo intersistêmico. Em breve excursão, vejamos a operacionalização destes *topoi*. Pela interculturalidade, a regulação normativa na ordem internacional deve levar em consideração todos os aspectos, elementos, perspectivas e reflexos culturais dos Estados envolvidos no processo;²⁸ pela intersemioticidade, o processo regulatório-decisório deve se quedar aberto ao influxo dos materiais normativos (textos de norma, decisões, doutrinas, argumentos, discursos e teorias) dos distintos ordenamentos jurídico-políticos dos Estados; por fim, pela interconstitucionalidade, a conexão, justaposição ou aglutinação de dados constitucionais variados impulsiona a crescente inserção de elementos constitucionais (direitos, bens, valores e interesses) em instrumentos de Direito Internacional.²⁹

Da mesma forma que a operacionalização conjunta dos *topoi* “interculturalidade” e “intersemioticidade” tornam viável a funcionalização do *topos* “interconstitucionalidade”, é através deste último que o processo de transconstitucionalidade se torna possibilitado no contexto global de uma rede de Constituições em ampla intercomunicação. Neste sentido, é de se colocar o seguinte questionamento: como este processo de transconstitucionalidade afeta a legitimidade dos instrumentos de *Soft Law*? O Transconsti-

²⁸ O tratamento do proselitismo no âmbito do Direito Internacional é um excelente exemplo de interculturalidade. Quando da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Arábia Saudita, no que concerne ao reconhecimento do “direito de mudar a religião ou a crença de outro”, suscitou reservas ao texto elaborado, notadamente por conflitar com a problemática da apostasia no mundo islâmico. Para tanto, *cf.* Hirsch, Moshe, “The Freedom of Proselytism under the Fundamental Agreement and International Law”, *Catholic University Law Review*, Washington, vol. 47, núm. 2, art. 6, diciembre-febrero de 1998, p. 412.

²⁹ Neste sentido, Mayer, Ann Elizabeth, “Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash with a Construct?”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 15, núm. 2, 1994, p. 328. Afirma, como exemplo, que a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos, assumiu elementos discursivos constantes da inúmeras outras Declarações de Direitos no contexto internacional, aglutinando-os a elementos da cultura islâmica, em evidente processo de interculturalidade e de intersemioticidade.

tucionalismo é aqui manejado como recurso parcial discursivo para fins de fundamentação da legitimação da *Soft Law*. A transversalidade constitucional dos instrumentos de direito internacional *hard* e *soft*, bem como destes para com inúmeras ordens jurídico-constitucionais, cuja operacionalização é voltada para a proteção, direta ou indireta, de valores e elementos constitucionais diversos, torna a abordagem de sua legitimidade pelo discurso constitucional necessária e igualmente desejável.

A ideia de “transconstitucionalismo” implica uma complexa série de elementos estruturais cujo ponto comum é representado pelo direcionamento e pela funcionalização de todo o conteúdo constitucional, apreendido e apreensível, com vistas à resolução de problemas constitucionais enfrentados em distintos níveis,³⁰ tais como os de ordem internacional, transnacional, supranacional e/ou regional.³¹ Como *background* político-social, tem-se o processo de globalização como uma das principais causas do deslocamento do enfrentamento de problemas constitucionais a partir de uma perspectiva meramente de “estatalidade”, para uma perspectiva além-fronteiras,³² da transnacionalidade e da globalidade.³³

³⁰ Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XXI.

³¹ Neste sentido, Vandresen, Thaís e Antunes de Souza, Maria Cláudia S., “Globalization, Global Governance, and Challenges to Contemporary Constitutionalism: The (trans) Constitutional Respective and the Dialogue among Jurisdictions”, *University of Baltimore Journal of International Law*, Baltimore, vol. 4, núm. 2, art. 2, 2015-2016, p. 20, oferecem como exemplo o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no contexto do diálogo entre os direitos reconhecidos pela Convenção Interamericana e as respectivas ordens constitucionais dos Estados-signatários.

³² Partindo do reconhecimento da necessidade de ampliação do espectro de tratamento jurídico de novas problemáticas sociais, políticas e jurídicas, Neves, Marcelo, “Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 51, núm. 201, 2014, p. 194. Afirma que o transconstitucionalismo “aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, nas busca da solução de problemas tipicamente constitucionais”.

³³ Neste sentido, Peters, Anne, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, vol. 16, núm. 2, junio-agosto de 2009, pp. 405 e 406, defende o manejo do conceito de Constitucionalismo Global como um recurso hermenêutico no contexto regulatório-decisório internacional, buscando a sua legitimidade pela força do material constitucional que carregam, notadamente pela proteção que visam conferir a direitos, bens, valores e interesses de cunho jurídico-constitucional.

O espectro de proteção oferecido no contexto do constitucionalismo liberal sob os elementos da legitimidade democrática, controle e limitação do poder estatal,³⁴ tem sofrido patente pressão sob os novos desafios engendrados pela constante mutação da Ciência jurídico-constitucional³⁵ frente ao processo de globalização.³⁶ Tendências mundiais como os movimentos de digitalização, privatização e conexão global evidenciam a necessidade de uma resposta coordenada entre ordens jurídicas diversas, notadamente um amplo entrelaçamento de matérias e problemas constitucionais há de ocorrer.

As dificuldades operacionais num contexto global impedem, ou ao menos tornam menos efetivas, as ações responsivas isoladas das respectivas ordens jurídico-constitucionais dos Estados. Mesmo ao nível jurídico-internacional, o endereçamento de problemáticas emergentes, e de afetação global, unicamente pela perspectiva de instrumentos normativos clássicos do Direito Internacional Público (*Hard Law*) não tem sido o suficiente. A perspectiva jurídico-internacional restrita e centralizada no elemento da “estatalidade” do Direito Internacional não é mais capaz de resolver questões manifestamente transversais³⁷ a todas sociedades. Como consequência, a falta, a ineficiência e/ou inefetividade regulatória sobre diversos âmbitos da vida social acabam por exigir uma responsividade paralela àquela das ordens constitucionais dos Estados, e igualmente

³⁴ Neste sentido, Teubner, Günther, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, núm. 63, 2003, p. 5. Ressalta a concepção conservadora da Teoria da Constituição quanto à função das Constituições como documento fundante e regulador do espectro jurídico-político do Estado.

³⁵ Na esteira de tais desafios, suscita a doutrina a problematização quanto à construção de um “constitucionalismo sem Estado”. Neste sentido, Canotilho, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 288.

³⁶ Teubner, Günther, “Globale Zivilverfassungen...”, *cit.*, p. 11. Afirma que a globalização representa o movimento de emancipação de grupos e âmbitos sociais de vida para além de suas respectivas regiões, auferindo-lhes considerável autonomia.

³⁷ No sentido de problemas que afetam a sociedade mundial por completo, seja de forma simultânea ou não, são consideradas “transversais” as questões relacionadas a direitos fundamentais e direitos humanos que suscitem discussões acerca de possíveis intervenções entre Estados; a regulação sobre o desenvolvimento de projetos que possam afetar o meio ambiente; a regulação sobre a posse e produção de armas nucleares; a prevenção e combate às consequências de alterações climáticas, dentre outras.

paralela ao tratamento sob o Direito Internacional pela perspectiva da *Hard Law*, identificando-se, assim, o surgimento de movimentos difusos de autorregulação,³⁸ tanto por parte de atores estatais, como por parte de atores não estatais.³⁹

Neste ponto, releva compreender que não se trata apenas de uma regulação supletiva por parte de atores diretamente ligados aos respectivos setores sociais, mas sim do reconhecimento de todo um *background* jurídico-regulatório institucional já existente, no sentido de que a cada setor corresponde uma pletera de regras próprias – na esteira da *lex mercatoria* e da *lex digitalis* – paulatinamente mais responsáveis pelo movimento de autonomização regulatória de tais âmbitos.⁴⁰ Assim, impende-se reconhecer que não mais apenas os centros estatais e interestatais do Poder são capazes e aptos a produzir “direito”, mas também o são os âmbitos e setores cada vez mais autônomos da sociedade, ainda que ambos processos de produção normativa sejam consideravelmente distintos.

Sob tal quadrante, Günther Teubner defende que tais setores autônomos acabam por ser identificados e legitimados por um subsistema constitucional parcial, como se a cada um correspondesse uma “Constituição Civil” (*Zivilverfassung*)⁴¹ própria, eis que, inobstante fora do centro estatal de produção jurídico-normativa, são reconduzidos a processos próprios de organização sistêmica, legitimação e controle.⁴² Nessa linha, deveras discutido na doutrina é a questão do reconhecimento de uma espécie de “Constitui-

³⁸ No contexto regulatório da internet, Teubner, Günther, “Globale Zivilverfassungen...”, *cit.*, p. 18. Chama atenção para o movimento de autorregulação deste setor.

³⁹ A título de exemplificação, Berman, Paul Schiff, “From International Law to Law and Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, vol. 43, núm. 2, 2005, p. 547. Aponta para o papel cada vez mais ativo e amplo de instituições não-governamentais, contribuindo diretamente para a formação de parâmetros globais de comportamento corporativo.

⁴⁰ Como exemplo, Teubner, Günther, “*Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?*”, en Ladeur, Karl-Heinz (ed.), *Globalization and Public Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, p. 72. Cita como âmbitos sociais autorreguláveis a ciência, a tecnologia, a educação, a economia e os *mass media*.

⁴¹ Teubner, Günther, “Globale Zivilverfassungen...”, *cit.*, p. 6.

⁴² Para utilizar a linguagem e o discurso jurídico-constitucional em defesa de tais “Constituições Civis parciais”, Teubner, Günther, “Globale Zivilverfassungen...”, *cit.*, pp. 3 e 5. Defende que um dos erros da tradicional Teoria da Constituição se encontra na restrição de seu espaço ao âmbito estatal-interno.

ção Econômica Global”⁴³ sob o contexto regulatório da Organização Mundial do Comércio (WTO – *World Trade Organization*), seja pela previsão de assuntos de cunho jurídico-constitucional, pela estrutura institucionalizada que em tese encetou, pela *praxis* prevista para a resolução de conflitos⁴⁴ ou mesmo pela conjugação de todos esses elementos. Para Deborah Z. Cass, o processo de “constitucionalização” da regulação do comércio internacional está centrado na sua capacidade de gerar “normas” de cunho constitucional, em especial através do processo hermenêutico aplicado no âmbito da resolução de conflitos levada a cabo pelo órgão de revisão de disputas da OMC.⁴⁵ Destarte, a linguagem teórico-jurídica do Direito passa a considerar os subsistemas sociais autônomos que emergem do processo de descentralização da produção jurídico-normativa, cada vez mais legitimados *de facto* à regulação numa sociedade dinâmica como a globalizada e de governança multinível.

Conceito relevante nessa perspectiva de descentralização e ampliação regulatória é o de governança global (Global Governance),⁴⁶ a partir do qual passa-se a reconhecer que, dada a auto-expansividade dos diversos subsistemas sociais e de seus respectivos âmbitos de autorregulação, urge a aplicação de uma abordagem político-administrativa não mais restrita à figura do Estado, mas antes uma abordagem estruturada sob uma compreensão que abarque a produtividade e a efetividade das respectivas forças normativo-regulatórias autônomas, integrando-as a uma ampla esfera de “publicidade” institucional. Em termos regulatórios – para não dizer “legislativos” –, a figura central do Estado, bem como as relações interestatais ao nível do Direito Internacional, não mais são as únicas que contribuem para o surgimento de normas, sendo igualmente capazes de atuar de forma legiferante atores do setor privado, atores estes não-estatais, ainda que de forma difusa

⁴³ Dunoff, Jeffrey L., “Constitutional Conceits: The WTO’s «Constitution» and the Discipline of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 17, núm. 3, 2006, p. 651.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 655-657.

⁴⁵ Cass, Deborah Z., “The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 41-42.

⁴⁶ Sobre *Global Governance*, *cf.* Blahoz, Joseph, “The Theory of Global Governance, Constitutionalization and Comparative Constitutional Law”, *The Lawyer Quarterly: International Journal for Legal Research*, Praga, vol. 43, núm. 3, 2013, p. 200.

e descentralizada. Neste sentido, Paul Schiff Berman assevera ser necessário compreender o Direito para além o Estado, já que muitas das funções que lhe são originalmente afetas têm passado ao raio de competência de atores e instituições privadas.⁴⁷ Assim, o Direito e o obsoleto simbolismo da “lei” abrem suas portas para novos discursos regulatórios, como os instrumentos normativos emergentes sob a categoria da *Soft Law*.⁴⁸

Aliás, para tanto, reconhece a doutrina que a dualidade outrora consolidada (separação entre público/privado) deve ser superada, pois hoje o discurso global resta caracterizado pela múltipla influência de fatores sociais de ambas as procedências, sendo igualmente responsáveis sobre a governança (administração regulatória e decisória) de múltiplos âmbitos da vida político-social, como a economia, o meio ambiente, a tecnologia e os direitos humanos.⁴⁹ A constante “erosão” da efetividade e da legitimidade do Direito Internacional,⁵⁰ e até mesmo do próprio constitucionalismo “estatal-centrista”, e a isso somada a necessidade de reconhecimento de um espectro global de governança, torna plausível, ao menos em termos argumentativos, a transposição de elementos constitucionais ao processo regulatório-decisório de âmbito internacional, supranacional, transnacional e global, buscando, assim, reerguer ou reconstruir a legitimação do discurso jurídico-público. Entretanto, para que essa reconstrução (discursiva) da legitimidade se torne possível, há que se alargar a compreensão sobre a composição subjetiva e material da esfera pública, buscando-se atingir a formação de uma nova “publicidade” institucional,⁵¹ onde se reconhece a capacidade de governança e a competência institucional tanto de entes e instituições públicas, como de agentes, instituições e organizações privadas. Em verdade, perscruta-se o reconhecimento de uma representação democrática a nível “além-Estado”, integrando-se à composição subjetiva da esfera pública institucional a plura-

⁴⁷ Berman, Paul Schiff, *op. cit.*, p. 550.

⁴⁸ Krisch, Nico, “Global Governance as Public Authority: an Introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, vol. 10, núm. 4, outubro de 2012, p. 982.

⁴⁹ Berman, Paul Schiff, *op. cit.*, p. 522. Ressalta, nesta senda, que muitos instrumentos de Direito Internacional Público têm conferido poderes legislativos-normativos a atores privados.

⁵⁰ Questionando a legitimidade do Direito Internacional no contexto do século XXI, *cf.* Weiler, J. H. H., “The Geology of International Law. Governance, Democracy and Legitimacy”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, vol. 64, 2004, pp. 548-553.

⁵¹ Krisch, Nico, *op. cit.*, p. 983.

lidade e multidimensionalidade de atores envolvidos no processo de internacionalização e globalização constitucional, reforçando-se tanto os *inputs* quanto os *outputs* de legitimidade subjetiva e material.⁵²

Assim, considerando as diversas forças públicas imbricadas no cenário regulatório-decisório global, cada qual contribuindo com seu respectivo material normativo (resoluções, declarações, acordos, tratados, convenções, pactos, linhas-princípio, recomendações etc.), com a instituição de múltiplas formas de resolução de conflitos (jurisdicionais e arbitrais), e com novos fóruns de administração de justiça (meios previstos pelos textos da OMC por exemplo), a descentralizada linguagem normativa do Direito Internacional torna-se legitimada pelo reconhecimento de um constante processo de Governança Global em níveis múltiplos de transconstitucionalidade. No que concerne especificamente à *Soft Law* e seus respectivos instrumentos (linhas-princípio, recomendações, acordos políticos, dentre outros), a sua legitimidade pode ser reconstruída por três perspectivas fundamentais: primeira, a legitimidade subjetiva é promovida pela plural participação que há em seu processo de formação, onde agentes institucionais públicos e privados tomam parte na sua discussão e elaboração;⁵³ segunda, partindo do reconhecimento de um amplo e disseminado processo de transconstitucionalidade, os instrumentos normativos *soft* promovem o reconhecimento, a proteção e o controle sobre a atuação institucional dos Estados em matéria de cariz jurídico-constitucional, como direitos humanos, meio ambiente e aspectos climáticos, e autodeterminação político-institucional, pelo que sua legitimidade é reconstruída pela matéria;⁵⁴ e terceira, os instrumentos de *Soft Law* constituem elementos normativos integrantes de um amplo processo de Governança Global de múltiplos níveis, tornando-se, portanto, legítimos em razão do processo.

⁵² Dunoff, Jeffrey L., *op. cit.*, p. 668.

⁵³ Bogdandy, Armin von, “Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts. Eine Bestandaufnahme”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, vol. 63, 2003, p. 874. Afirma que a ampliação subjetiva da participação na tomada de decisões no contexto regulatório internacional é um dos fatores para a inserção de um conteúdo democrático na aceção cooperativa que o Direito Internacional tem tomado.

⁵⁴ Neste sentido, claro exemplo desse processo de transconstitucionalidade está na crescente utilização de instrumentos de *Soft Law* como recurso discursivo-legitimador das decisões de Tribunais Constitucionais, Supremas Cortes, Tribunais Internacionais, Tribunais arbitrais, dentre outros órgãos de administração da justiça e de resolução de conflitos.

Desta feita, o processo de transconstitucionalidade (mediante a conjugação dos *topoi interculturalidade, intersemioticidade e interconstitucionalidade*) e o processo multinível de Governança Global constituem as categorias argumentativas voltadas à legitimação dos variados instrumentos de *Soft Law* manejados no âmbito regulatório-decisório de nível internacional-global, justificando-se sua força normativa, e assim rejeitando qualquer suposição quanto à caracterização de “não-direito” ou direito desprovido de normatividade. Ao invés de uma força normativa centrípeta restrita à figura do Estado e suas clássicas funções públicas, a nova “publicidade” institucional no âmbito do processo multinível de Governança Global nos demonstra a ampliação subjetiva e material pela qual o processo regulatório-decisório internacional-global foi sujeito frente ao fenômeno da globalização, razão pela qual se pode defender a legitimação dos instrumentos *soft* pela pluralidade subjetiva, material e processual, sendo igualmente idôneos a influenciar comportamentos e estabelecer expectativas de estabilização normativa.

III. CASE STUDY: THE GUIDING PRINCIPLES ON INTERNAL DISPLACEMENT COMO *SOFT LAW*. FUNDAMENTOS, INFLUÊNCIA E FORÇA NORMATIVA

O *Guiding Principles on Internal Displacement* representa um dos mais importantes enquadramentos jurídico-políticos acerca dos chamados “deslocados internos” (*Internally Displaced Persons – IDP’s*), pessoas que são obrigadas a evadirem de suas moradas ou região de moradia devido a problemas de ordem bélica (sejam guerras civis ou conflitos armados internos), discriminações e violações de direitos humanos (em razão de crença religiosa, ideologia política, raça, e/ou sexo), fatores climáticos (alterações drásticas de temperatura e/ou desastres naturais), bem como em razão de projetos de desenvolvimento e expansão social.

Na tarefa de conceituação dos *IDP’s*, é de se ressaltar o fato de que o “movimento de evasão” ocorre dentro de seus respectivos países de origem, provocando um fluxo migratório interno (não imigratório), eis que as pessoas afetadas não ultrapassam fronteiras internacionais. Intentando a conceituação da categoria de “deslocados internos”, Erin Mooney assevera

haver dois elementos centrais a serem levados em consideração, quais sejam, a natureza involuntária do movimento de evasão e o fato de não haver cruzamento de fronteiras internacionais, permanecendo os *IDP's* em seu país de origem, transferindo-se apenas para locais distintos de sua região de morada ou habitação.⁵⁵

A preocupação com os *IDP's* se dera, inicialmente, no contexto do tratamento jurídico-político dos refugiados, em uma espécie de proteção estendida à guisa da regulação encetada pela Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951,⁵⁶ notadamente no tocante ao seu *status* (art. 1o.).⁵⁷ Em que pese o intentado tratamento sob a proteção estendida do *status* jurídico-político dos refugiados, logo se percebeu que tal espectro regulatório se quedava inócuo, uma vez que, dentre outras diferenças, a situação dos *IDP's* não gera o transpasse de fronteiras internacionais, tornando aquele instrumento convencional, além de outros tratados ou instrumentos internacionais similares não aplicáveis à problemática, ao menos inquinando-os de eficácia arrefecida.⁵⁸

A distinção entre *IDP's* e refugiados é tão tênue que alguns⁵⁹ defendem a existência de dois tipos de “deslocados”, os “deslocados internos” e os refugiados, sendo estes inseridos na categoria de “deslocados” que ultrapassam fronteiras internacionais. Em que pesem as possíveis similitudes, foi ao final da década de 80 e início da década de 90 (final da Guerra Fria) quando se percebeu uma profunda lacuna em termos de enquadramento e efetividade normativa acerca do tratamento dos *IDP's*,⁶⁰ suscitando, a

⁵⁵ Mooney, Erin, “The Concept of Internal Displacement and the Case for Internally Displaced Persons as a Category of Concern”, *Refugee Survey Quarterly*, Oxford, vol. 24, núm. 3, septiembre de 2005, p. 10.

⁵⁶ Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, Resolution 2198 (XXI), United Nations General Assembly, disponível em: <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>.

⁵⁷ Liao, Kuan-Wen, “International Protection for Internally Displaced Persons”, *All Theses and Dissertations*, Washington University Open Scholarship, enero de 2009, pp. 1-85, disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=etd>.

⁵⁸ Cohen, Roberta, “The Guiding Principles on Internal Displacement: An Innovation in International Standard Setting”, *Global Governance*, Utah, núm. 10, 2004, p. 459.

⁵⁹ Jörnruud, Martin, “International Protection of Internally Displaced Persons: A Field Study of Internal Displacement and Available Protection in the Republic of South Sudan”, *LUP Student Papers*, 2012, p. 22, disponível em: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=3159781&fileOID=3224829>.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

partir daí, um exame profundo da matéria por parte de inúmeras organizações internacionais.

Foi no âmbito da Organização das Nações Unidas, por intermédio de resolução emitida pela Comissão de Direitos Humanos⁶¹ (E/CN.4/RES/1991/25),⁶² como apoio de países como Áustria e Noruega,⁶³ que resoluções foram direcionadas à Assembleia Geral manifestando a urgência quanto a uma abordagem mais profunda e distinta sobre a questão do *displacement* e a proteção dos *IDP's*. Em um primeiro momento, o recém-nomeado Representante da Comissão sobre *Internal Displacement*, Francis Deng, fora encarregado da elaboração de um documento analítico sobre a situação jurídico-internacional dos *IDP's*, sobrevivendo o *Compilation and Analysis of Legal Norms*⁶⁴ (“Compilação e Análise de Normas Jurídicas”), onde se procedera à compilação de todos os instrumentos internacionais concernentes à matéria, tendo o mesmo sido apresentado à Assembleia Geral da ONU em 1996.⁶⁵

Ressalte-se que, inobstante a lacuna de enquadramento e de efetividade normativa, há diversos instrumentos internacionais de *Hard Law* que tratam diretamente da matéria,⁶⁶ mas tal não fora o suficiente para afastar a evidente desproteção das pessoas objeto de *displacement*, em especial devido a não aplicação dos mesmos por parte de diversos Estados, permanecendo aquelas sob contínua e flagrante situação de violação de direitos humanos. O referido *Compilation and Analysis of Legal Norms* veio traçar um panorama

⁶¹ Kälin, Walter, “How Hard is Soft Law? The Guiding Principles on Internal Displacement and the Need for a Normative Framework”, *Brooking Project*, Washington D. C., diciembre de 2001, disponível em: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/20011219.pdf>.

⁶² UN Commission on Human Rights Internally Displaced Persons, 5/march/1991, disponível em: E/CN.4/RES/1991/25, <https://www.refworld.org/docid/3b00f0b1c.html>.

⁶³ Cohen, Roberta, “Lessons Learned from the Development of the Guiding Principles on Internal Displacement”, *Institute for the Study of International Migration*, Washington D. C., octubre de 2013, disponível em: <https://www.brookings.edu/research/lessons-learned-from-the-development-of-the-guiding-principles-on-internal-displacement/>.

⁶⁴ Internally Displaced Persons Compilation and Analysis of Legal Norms, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, United Nations High Commissioner for Human Rights, 1996, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/228454>.

⁶⁵ Cohen, Roberta e Deng, Francis M., “The Genesis and the Challenges”, *Forced Migration Review*, Oxford, 2008, p. 4, disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/GuidingPrinciples10/cohen-deng.pdf>.

⁶⁶ Jörnruud, Martin, *op. cit.*, p. 53.

geral das possíveis legislações de direito internacional existentes e aplicáveis à problemática, concluindo pela necessidade de um tratamento mais específico. Inobstante a incidência múltipla de diversas disposições normativas sobre a questão,⁶⁷ tais como as relativas ao direito internacional humanitário, direitos humanos, e direito dos refugiados, os *IDP's* permaneciam desprotegidos, nenhum dos referidos instrumentos foi capaz de captar e providenciar o suprimento das necessidades específicas das pessoas afetadas.⁶⁸ Uma vez evidenciada a insuficiência jurídico-normativa a prevenir e proteger os *IDP's*, mais uma vez o Francis Deng fora encarregado de elaborar um documento que trouxesse à lume todo esse enquadramento normativo existente, intentando uma abordagem mais específica, mais clara e mais sistemática sobre as necessidades e deficiências, apresentando-o à Comissão de Direitos Humanos da ONU (E/CN.4/1998/53/Add.2)⁶⁹ no ano de 1998, o então *Guiding Principles on Internal Displacement*.⁷⁰

Questão relevante que se coloca está nas razões pelas quais, em que pese a importância e urgência do tratamento da referida matéria, não se elaborara um tratado de Direito Internacional, mas sim apenas um documento com “princípios-guia” (*Guiding Principles*), supostamente de caráter não-vinculante,⁷¹ constituindo, portanto, mecanismo regulatório *soft*.⁷² Quatro são as razões para tanto, senão vejamos.

Em primeiro lugar, tendo em vista que os *IDP's* constituem objeto de fluxo migratório interno ao respectivo Estado de origem, de forte e prioritária incidência é a legislação (doméstica-interna) de cada Estado, tornando, portanto, a aplicação dos instrumentos de direito internacional, em especial os tratados sobre a matéria, de aplicação subsidiária. Ademais,

⁶⁷ Lavoyer, Jean Philippe, “Comments on the Guiding Principles on Internal Displacement”, *International Review of the Red Cross*, Genebra, núm. 324, septiembre de 1998, disponível em: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jpg9.htm>.

⁶⁸ Cohen, Roberta, “The Guiding...”, *cit.*, pp. 463 e 464.

⁶⁹ *Guiding Principles on Internal Displacement*, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, United Nations General Assembly, 1998, disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/PrinciplesonInternalDisplacement.htm>.

⁷⁰ Jörnruud, Martin, *op. cit.*, p. 20.

⁷¹ Betts, Alexander, “Towards a «Soft Law» Framework for the Protection of Vulnerable Migrants”, *New Issues in Refugee Research*, Switzerland, núm. 162, agosto de 2008, p. 12. Neste sentido, Kälin, Walter, *op. cit.* Fala na natureza de “não-tratado” do instrumento.

⁷² Ratificando a natureza *soft* do *Guiding Principles*, *cf.* Betts, Alexander, *op. cit.*, p. 13.

deve-se levar em consideração que muitos tratados não foram ratificados por diversos Estados, submetendo os *IDP's* à mercê da vontade estatal em razão do excesso burocrático dos respectivos processos legislativos de ratificação interna.⁷³ Em segundo lugar, deixar que o tratamento se dê por instrumento dependente de ratificação por parte de cada Estado torna esta condicionada ao discricionário exercício da soberania estatal, em nada assegurando o necessário *compliance* por parte dos signatários. Como terceiro motivo, devido à “sensibilidade” da matéria,⁷⁴ permanecem os Estados relutantes quanto à sua vinculação jurídica ao nível internacional, eis que em eventual descumprimento das respectivas disposições decorreriam sanções de ordem política.⁷⁵ Por fim, a quarta razão, a clara inexistência de consenso político sobre a matéria, notadamente no que concerne a segura definição sobre *internal displacement*, a fixação dos termos iniciais e finais de proteção, regras sobre o fornecimento de recursos materiais, dentre outras questões, torna não recomendável a adoção de instrumentos estritamente vinculantes.

Dados os motivos alinhavados, optou-se, portanto, pela não adoção de um tratado ou outro instrumento de natureza *hard*, mas antes de um instrumento *soft* que, a despeito de não estritamente vinculante, pudesse promover o diálogo com a *Hard Law*, e assim contribuisse para o tratamento e desenvolvimento jurídico-político da problemática. Decerto que a adoção de *Soft Law* na matéria tem inúmeras vantagens, em especial a desnecessidade da submissão a um processo de aprovação demasiado burocrático e político, permitindo, assim, uma resposta mais eficiente e mais célere aos problemas dos “deslocamentos internos”.⁷⁶ Acresça-se também a ampliação da possibilidade de se alcançar um certo nível de consenso quando utilizados instrumentos de *Soft Law*, notadamente pela participação plural de múltiplos atores institucionais na feitura e elaboração dos documentos, recrudescendo tantos os *inputs* quanto os *outputs* de legitimidade.⁷⁷

Por outro lado, como asseveram Roberta Cohen e Francis Deng, o processo de elaboração do *Guiding Principles* enfrentou alguns desafios,

⁷³ Liao, Kuan-Wen, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁴ Jörnruud, Martin, *op. cit.*, pp. 20 e 21.

⁷⁵ Betts, Alexander, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶ Cohen, Roberta, “The Guiding...”, *cit.*, pp. 464-475.

⁷⁷ Para uma visão geral de todas as vantagens quanto à adoção de *Soft Law*, *cf.* Cohen, Roberta e Deng, Francis M., “The Genesis...”, *cit.*, p. 4.

dentre os quais se pode apontar: a oposição por parte de diversos governos sobre uma possível intervenção em seu espaço de soberania; as inúmeras divergências de conteúdo sobre a matéria, cabendo a tal processo *soft* buscar um mínimo de convergência de opiniões; e a necessidade de equilíbrio entre o exercício da soberania estatal e o cumprimento dos deveres de proteção solidária dos direitos humanos, assistindo aos *IDP*'s nas diversas situações de violação de direitos.⁷⁸ Nessa toada, um dos pontos centrais do *Guiding Principles* reside no conceito de “soberania como responsabilidade”, através do qual se ressaltam dois elementos de indelével relevância: primeiro, a ideia de que o exercício da soberania estatal não traduz um fim em si mesmo, senão um fim e objetivos vinculados, sempre fundamentados e restringidos pelo valor da “dignidade da pessoa humana”, cabendo ao Estado exercê-la primordialmente em defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos; e segundo, a responsabilidade (subsidiária) da comunidade internacional na proteção de tais direitos quando o Estado ultrapassa os devidos limites e exerce com inegável discricionariedade o seu poder soberano, violando direitos, seja comissiva ou omissivamente.⁷⁹

Duas são as disposições constantes do *Guiding Principles* no mister, posto que refletem o consignado. A primeira, sob o princípio de no. 3, representa a deferência do espectro regulatório do documento e da comunidade internacional para com a atuação soberana (doméstica) de cada Estado, esta tuindo ser das autoridade nacionais “o dever e a responsabilidade primária” (*primary duty and responsibility*) em prevenir, proteger e assistir todos aqueles afetados pelo *displacement* dentro de seu respectivo território.⁸⁰ A segunda, constante do princípio de no. 25, assentando o dever e a responsabilidade primárias das autoridades nacionais em fornecer a respectiva ajuda humanitária, dispõe que organizações internacionais, dentre outros atores, poderão fornecer os recursos que forem indispensáveis à proteção dos *IDP*'s

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ De acordo com Peters, Anne, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *The European Journal of International Law*, Oxford, vol. 20, núm. 3, agosto de 2009, pp. 524-527. Exercer a “soberania como responsabilidade”, obriga os Estados a dois deveres básicos: primeiro, a tomar como vetor do exercício protetivo os direitos fundamentais básicos; e segundo, que a proteção conferida vise a integridade da população do Estado e da comunidade internacional como um todo solidário.

⁸⁰ Lavoyer, Jean Philippe, *op. cit.*

sem que isso seja entendido como qualquer ameaça à soberania nacional, cabendo aos respectivos Estados receberem tais ações com boa-fé e sem qualquer ameaça de retaliação.

Nesse quadrante, um dos principais motivos para que o consenso sobre o tratamento internacional da matéria não fosse alcançado (o receio quanto a possíveis intervenções institucionais na esfera soberana dos Estados) viu-se contrabalanceado pela linha diretiva de deferência adotada pelo documento, priorizando-se a atuação interna dos Estados para a solução de problemas relacionados aos *IDP's* (“o dever e a responsabilidade primária”), algo que decerto, inobstante não ter gerado um posicionamento unânime dos Estados quanto à questão, ao menos reduziu a relutância dos mesmos, possibilitando o estabelecimento de um amplo diálogo institucional. A tal ladeia a irreprochável responsabilidade da comunidade internacional para com a proteção e assistência de todos aqueles afetados pelo fenômeno do *displacement*, reconhecendo-se a inviabilidade dos Estados se utilizarem do argumento do “exercício da soberania” para afastar qualquer ajuda humanitária ou barrarem a entrada de quaisquer recursos necessários e indispensáveis à assistência dos *IDP's*.

Desta feita, reafirmando o valor da utilização da *Soft Law* na problemática, o fato de se ter operado um enquadramento jurídico-internacional mais protetivo e percuciente na matéria por via de um instrumento *a priori* não-vinculante, tal qual o *Guiding Principles*, tornou os Estados mais dispostos ao diálogo e propensos ao consenso regulatório, uma vez que o peso do *non-compliance* aqui não é o mesmo existente no âmbito de um tratado internacional, em que pesem haver ônus outros, como restrições, embargos e censuras de ordem político-institucional.⁸¹ Por outro lado, ainda que tal intento fosse objeto de instrumentos *hard*, cediço é que dentro do espectro de globalização há muito que o exercício da soberania estatal não se dá nos moldes positivistas, vendo-se deveras temperado, pois de “bem comum” centralizado na figura do Estado transmutou-se à proteção e à realização de “bem comum” de ordem cosmopolita,⁸² mediante fenômenos como o da internacionalização e o da constitucionalização internacional que tornaram

⁸¹ Ver, por todos, Cohen, Roberta e Deng, Francis M., “The Genesis...”, *cit.*, p. 4.

⁸² Petersmann, Ernst-Ulrich, “How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 20, núm. 1, 1998, pp. 7-9.

a ideia de “soberania” vinculada ao valor da “dignidade humana”,⁸³ numa forma condicionada de exercício.⁸⁴

Procedendo a uma análise jurídico-estrutural do *Guiding Principles*, vemos alguns pontos de relevo no que tange à sua estrutura, fundamentos, legitimidade e consequências de adoção, em consonância com toda base argumentativa expendida ao longo do presente excursus. Estruturalmente, traduz instrumento *soft*, cuja não-vinculatividade constitui característica essencial apontada pela doutrina,⁸⁵ posto que aprovado por procedimentos outros que não aqueles utilizados pelas fontes normativas tradicionais do Direito Internacional clássico.⁸⁶ Entretanto, o fato de constituir instrumento *soft*, baseado em uma “não-vinculatividade formal”, não significa que seja o mesmo desprovido de qualquer normatividade, eis que instrumental de quilate jurídico incontestável.

Analisando-se a estrutura das disposições contidas no *Guiding Principles*, a ausência de elementos coercitivos diretos (sanções) aponta, ao menos a princípio, para a rejeição do *status* de genuínas normas jurídicas. Conquanto, uma leitura mais cautelosa de sua estrutura e conteúdo possibilita perceber a presença de elementos normativos, como a existência de pressupostos de fato, o estabelecimento e a configuração de âmbitos de proteção de direitos, vedações a determinados comportamentos e situações, utilizando-se, em determinados casos, a linguagem prescritiva (semiótica jurídica) das normas jurídicas – linguagem esta da natureza de “dever-ser”.⁸⁷

A título de exemplo, vejamos: o princípio 6, no. 1 e 2, reconhece um direito (não ser arbitrariamente submetido à evasão de seu local ou região de moradia) cujo âmbito de proteção alberga um dever (dever de proteção e prevenção à evasão arbitrária) e uma proibição (não operar a

⁸³ Otero, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, 2a. reimp., Coimbra, Almedina, 2016, vol. 1, p. 569.

⁸⁴ Mooney, Erin, “The Guiding Principles and the Responsibility to Protect”, *Forced Migration Review*, Oxford, diciembre de 2008, p. 12.

⁸⁵ Betts, Alexander, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁶ Cohen, Roberta, “The Guiding...”, *cit.*, p. 459.

⁸⁷ Neste sentido, Glos, George E., “The Normative Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, Virginia, vol. 11, núm. 1, art. 6, 1969, pp. 159 e 160. Ressalta que uma “norma” é composta por três elementos básicos, quais sejam: primeiro, que algo (conteúdo) “deve ser”; segundo, há a estatuição de uma obrigação ou dever; e terceiro, que os elementos anteriores são conectados por uma relação de imputabilidade.

evasão arbitrária) direcionada às autoridades nacionais e internacionais; o princípio 10, no. 1, reconhece o “direito à vida inerente a todo ser humano”, cuja proteção é veiculada por meio de linguagem prescritiva, além de estipular os pressupostos de fato sob os quais tal proteção deve ocorrer (“devem ser protegidos particularmente contra”); e o princípio 18, no. 2, determina um *standard* mínimo de proteção, cuja essência não deve restar violada, prescrevendo deveres a serem respeitados pelas autoridades nacionais e internacionais.

Dos exemplos anteriores, verifica-se que as estruturas semiótica e semântica das disposições atestam o seu arquétipo normativo, as quais Karl Larenz afirma constituírem a “forma linguística” da “regra do Direito”,⁸⁸ cuja normatividade não se pode refutar. Para tanto, duas são as razões: primeira, possuem clara pretensão de validade,⁸⁹ eis que se pautam em uma autodeterminação heterovinculativa, ou seja, sustentam *per se* uma força geral de aplicação quando preenchidos seus respectivos pressupostos de fato; e segunda, sobrevém um conseqüente (relação normativa de imputabilidade)⁹⁰ quando do preenchimento de sua estatuição de fato, qual seja, uma vedação ou uma obrigação, um *facere* ou um *non facere*.

Ainda em termos estruturais, muitas de suas disposições possuem cariz principiológico, cujos elementos linguísticos dotados de generalidade e abstração, expressos em cláusulas gerais, abertas e dúcteis, acabam por fornecer uma carga política, ideológica e axiológica ao documento, ponto este a partir do qual muitos defendem a ausência de normatividade e sua característica de instrumento meramente político.⁹¹ Como exemplo, o princípio 23, no. 1, através do qual resta garantido o direito universal à educação, cuja disposição, apesar de conter todos os elementos normativos já abordados, possui conteúdo de carga política irrefutável, carecendo de elementos outros – tais como fatores socio-econômicos, políticos, ideológicos – para que seja contextualizadamente apreendido. Conquanto, a indigitada estrutura principiológica não configura razão suficiente para que se lhes negue normatividade ou qualquer qualida-

⁸⁸ Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 4a. ed., trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, pp. 349-353.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 349.

⁹⁰ Glos, George E., *op. cit.*, p. 160.

⁹¹ Hillgenberg, Hartmut, *op. cit.*, p. 499.

de jurídico-normativa, eis que, ainda nas situações em que o material normativo constante da disposição necessite de densificação, tal qual os possíveis conceitos de “educação” no âmbito do supracitado princípio 23, no. 1, o texto normativo não se confunde com a norma decorrente de seu processo de compreensão, interpretação e aplicação. Destarte, do princípio 20, que garante a todos aqueles afetados pelo fenômeno do *displacement* o direito a ser reconhecido como pessoa perante a lei, a despeito de sua estrutura aberta, as seguintes normas podem ser dele deduzidas: “a todos é reconhecido o tratamento perante a lei e o Direito”; “a todos cabe igual tratamento perante a lei”; “a todos cabe a proteção da lei e do Direito”; “é vedado o tratamento discriminatório”; “é proibido a qualquer autoridade desconsiderar assistência e proteção da lei aos afetados pelo *displacement*”.

O fato de o *Guiding Principles* constituir instrumento *soft*, ao invés de retirar-lhe aprioristicamente o caráter normativo,⁹² acaba por afirmar ainda mais o seu valor jurídico-normativo, posto que, dado o contexto de sua gênese, não veio criar ou estruturar um enquadramento jurídico do fenômeno do *internal displacement*, mas sim reconfigurar e/ou remodelar o tratamento (insuficientemente) endereçado por instrumentos de *Hard Law* na matéria, mas que se quedavam repletos de regulações esparsas e insuficientes.⁹³ Assim, as disposições constantes do *Guiding Principles* possuem uma normatividade reforçada, uma vez que igualmente se assestam em inegáveis normas jurídicas de Direito Internacional Público (notadamente tratados internacionais), trazendo apenas uma abordagem mais sistemática e direcionada às necessidades dos *IDP's*,⁹⁴ operando como elemento interpretativo às diversas autoridades e instituições envolvidas com a proteção e assistência aos afetados pelo *internal displacement*. Ao contrário de outros documentos *soft*, cujas disposições de certa forma inovam no tratamento jurídico de determinada matéria, o *Guiding Principles* traz uma abordagem focada e direcionada às necessidades específicas dos *IDP's*, abordagem esta que Roberta Cohen defende ser desenvolvida

⁹² Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto, *op. cit.*, p. 389.

⁹³ Sobre tal insuficiência, Cohen, Roberta, “The Guiding...”, *cit.*, pp. 463 e 464. Ainda, *cf.* Jörnruud, Martin, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁴ Sobre a necessidade de uma proteção mais específica e direcionada aos *IDP's*, *cf.* Lavyer, Jean Philippe, *op. cit.*

a partir de uma dupla perspectiva, a dos direitos (*rights-based approach*) e a das necessidades (*needs-based approach*),⁹⁵ intentando, como objetivo principal, o reforço de disposições *hard* já existentes.

No que tange à sua legitimidade, deve a análise levar em consideração duas perspectivas básicas, quais sejam, a formal (procedimento e processo de elaboração e aprovação) e a material (conteúdo, interações e dinâmicas existentes). Em primeiro lugar, no tocante à legitimidade formal, algumas vezes têm direcionado suas manifestações no sentido de negar-lhe qualquer substrato jurídico, aduzindo o fato de que o mesmo não surgira pelos procedimentos de elaboração e aprovação de tratados internacionais (aprovação de *Hard Law*),⁹⁶ constituindo, assim, apenas um documento *soft* dotado de meras preferências políticas ou recomendações. A tal, acresça-se a questão relacionada à imbricação de diversos atores não-estatais na sua configuração, o que em tese lhe retiraria qualquer elemento de legitimidade, principalmente no que tange ao cariz democrático.⁹⁷

Entretanto, na contramão das opiniões críticas, o fato de constituir *Soft Law*, em especial no tocante à participação de diversos atores (estatais e não-estatais, públicos e privados) em seu processo de elaboração, reforça sua legitimidade, ao que se pode veicular duas razões fundamentais: primeira, procede-se, assim, a uma compensação do déficit de legitimidade próprio ao Direito Internacional,⁹⁸ eis que a pluralidade participativa⁹⁹ realimenta os grandes centros de decisão-regulação com eflúvios de democraticidade, recrudescendo seus respectivos *inputs* e *outputs* de fundamentação e justificação; e segunda, porque a imbricação de uma diversidade de atores torna a elaboração do documento um processo de criação multidimensional, compreendendo uma pluralidade de perspectivas sobre a matéria objeto

⁹⁵ Cohen, Roberta, “The Guiding...”, *cit.*, p. 463.

⁹⁶ Por tal motivo, alguns Estados encontravam-se relutantes em reconhecer-lhe qualquer significância jurídica. Para tanto, *cf.* Cohen, Roberta e Deng, Francis M., “The Genesis...”, *cit.*, p. 4.

⁹⁷ Defendendo a mera virtualidade da pluralidade participativa nos processos de elaboração e adoção de instrumentos de caráter *soft*, *cf.* Di Robilant, *op. cit.*, p. 506.

⁹⁸ Terpan, Fabien, “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, New Jersey, novembro de 2013, disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00911460/document>.

⁹⁹ Barelli, M., “The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 58, outubro de 2009, p. 965.

de tratamento, evitando uma abordagem centralizada e estática a fim de se atingir um consenso ideal mínimo.

No que concerne à análise acerca da legitimidade material do *Guiding Principles* como instrumento *soft*, faz-se necessário o recurso discursivo aos referidos conceitos de Governança Global e de Transconstitucionalismo, nos termos dos argumentos já alinhavados. Em sede de Governança Global, instrumentos de *Soft Law*, a exemplo do *Guiding Principles*, possuem duas funções básicas: primeiro, intentar a convergência de opiniões em vista do consenso acerca de determinada matéria, conferindo, em tempo hábil, uma responsividade mínima às questões apresentadas à regulação; e segundo, engendrar *standards* jurídico-políticos mínimos para atuação de diversos atores na problemática, sejam públicos ou privados, governamentais ou não-governamentais, constituindo uma genuína forma de “pressão”, como defende Dinah L. Shelton,¹⁰⁰ para que os Estados (dentre outros envolvidos) se amoldem às expectativas no instrumento. Ademais, ao *Guiding Principles* deve ser reconhecida uma “força constitucional” na esteira das “Constituições Civas” defendidas por Günther Teubner, eis que emerge como documento-*standard* direcionado à regulação de um subsistema social (os “deslocados internos”), cujo conteúdo perfaz-se deveras integrado por elementos de inegável cariz constitucional, notadamente no que se refere à proteção de direitos fundamentais (e humanos), podendo assim considera-lo a verdadeira “Constituição dos *Internal Displaced Persons*”. Desta feita, a sua legitimidade material provém não apenas da sua natureza, operacionalizado como um instrumental de Governança Global, mas igualmente pela matéria que veicula, elementos de irrefutável nível jurídico-constitucional.

Ainda, não se deve olvidar que, igualmente no tocante à Governança Global, a necessidade e a urgência quanto ao tratamento unificado e efetivo à problemática *do internal displacement* como subsistema parcial desprovido de regulação eficaz, acaba por legitimar um movimento de autorregulação onde a imbricação plural de atores/colaboradores, atuando com a força “do público” em paralelo aos fóruns estatais de regulação, reitera a legitimidade do instrumento. Nessa toada, o surgimento de um

¹⁰⁰ Shelton, Dinah L., “Soft Law”, *GW Law Faculty Publications & Other Works*, Washington D. C., 2008, p. 14, disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2048&context=faculty_publications.

instrumento *soft* tal qual o *Guiding Principles*, através do qual o subsistema social dos “deslocados internos” passa a possuir um vetor normativo mínimo de direcionamento, funcionalizado a prestar o auxílio e o reforço necessários aos instrumentos de *Hard Law* existentes na matéria, torna irreprochável a sua legitimidade material.

Por fim, insta a análise de sua legitimidade pelos termos do Transconstitucionalismo. De início, deve-se partir daquilo que Ernst-Ulrich Petersmann afirma ser o processo de concessão de funções constitucionais ao Direito Internacional e a atores internacionais outros, ressaltando a indispensável interconexão comunitária decorrente do processo de globalização.¹⁰¹ Para a análise da legitimidade do *Guiding Principles* sob essa perspectiva, faz-se necessária a operacionalização dos referidos *topoi* “interculturalidade”, “intersemioticidade” e “interconstitucionalidade”.

A questão da interculturalidade pode ser observada por três vias: a primeira, as disposições constantes do instrumento prezam por soluções transconstitucionais que partem de perspectivas culturais heterogêneas, levando em consideração na resolução dos respectivos problemas as informações culturais de cada esfera social afetada pelo *internal displacement*;¹⁰² segunda, pela aplicação e interpretação das respectivas, seja por atores públicos ou privados, governamentais ou não-governamentais, há sempre a troca de informações e de elementos sócio-culturais, pois, como mecanismos de “pressão” à conformação das expectativas comportamentais por parte dos Estados e organizações internacionais, os diálogos políticos, diplomáticos, e científico-acadêmicos acabam por traçar uma dinâmica comparada entre as diversas perspectivas de aplicação, influenciando a análise recíproca entre os Estados; e a terceira, o discurso constitucional de legitimação pelos direitos fundamentais (e humanos), constante do texto do *Guiding Principles*, intenta o equilíbrio entre uma visão homogênea do conceito de direitos humanos e uma visão heterogênea desses direitos, cujas informações culturais constituem os *topoi* para a aplicação mais realística e concreta (*needs-based approach*) das respectivas disposições.

¹⁰¹ Petersmann, Ernst-Ulrich, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰² Sobre a integração cultural no contexto de uma “comunidade inclusiva” intermediada e possibilitada pelos diálogos constitucionais, *cf.* Canotilho, J. J. Gomes, “Brançosos”..., *cit.*, pp. 271 e ss.

Sob a ótica da intersemioticidade,¹⁰³ duas são as perspectivas de legitimação: primeiro, as disposições constantes do *Guiding Principles* possuem uma estrutura linguística e semântica similar às disposições normativas de instrumentos *hard*, notadamente ao reconhecer/estipular direitos, correlacionando-os a um dever comissivo ou omissivo, e contextualizando-os junto a determinadas circunstâncias de fato; e segundo, a linguagem do discurso constitucional de proteção aos direitos fundamentais (e humanos) é produto do constante intercâmbio para com o material normativo dos instrumentos de *Hard Law*, demonstrando a inter-relação semiótica existente entre ambas as categorias, deixando o respectivo conteúdo sempre aberto ao fluxo de otimização.

No tocante à interconstitucionalidade, justifica-se a sua legitimidade por três perspectivas: primeira, a linguagem jurídico-constitucional que permeia todo o documento, em especial quanto à proteção dos direitos fundamentais (e humanos) dos *IDP's*; segunda, a sua integração e diálogo semânticos com outros documentos constitucionais pelo discurso da proteção e inclusão das minorias sociais afetadas; e terceira, no âmbito da *praxis* constitucional, a integração de suas disposições como recurso discursivo no âmbito do controle de constitucionalidade de diversos Estados, tal como reconheceu a Corte Constitucional Colombiana¹⁰⁴ (p. ex., Auto no. 251/08, 2a. Sala de Revisão) ao compreender as disposições do *Guiding Principles* como integrante do bloco de constitucionalidade para fins de *judicial review* e para a fundamentação de suas próprias decisões.¹⁰⁵

Pela conjugação dos *topoi* “interculturalidade”, “intersemioticidade” e “interconstitucionalidade”, o processo de transconstitucionalidade encetado pela interpretação e aplicação multidimensional do *Guiding Principles*, notadamente pelas normas extraíveis de sua semiótica jurídico-constitucional, atesta a sua legitimidade material (discurso jurídico-constitucional) e formal (dinâmica de formação e aplicação). Em verdade, o que se defende é que, como cerne

¹⁰³ Quanto à intersemioticidade, Canotilho, J. J. Gomes, “Branquinhos”..., *cit.*, p. 279. Afirma: “...intersemioticidade implica articulação da busca de regras referentes à produção e interpretação dos textos constitucionais com a formulação de discursos e práticas sociais num contexto cultural pluralista”.

¹⁰⁴ Auto no. 251/08, 2a. Sala de Revisão, Corte Constitucional de la República de Colombia, 2008, disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2008/A251-08.htm>.

¹⁰⁵ Diagne, Khassim e Entwisle, Hannah, “UNHCR and the Guiding Principles”, *Forced Migration Review*, Oxford, 2008, p. 34.

regulatório das questões relacionadas aos *IDP's*, o *Guiding Principles* constitui a “Constituição Global”¹⁰⁶ dos “deslocados internos”, interagindo com diversas Constituições e outros documentos de Direito Internacional.

Desta feita, torna-se incabível refutar a qualidade de fonte normativa dos instrumentos de *Soft Law*, notadamente sob o exemplo do *Guiding Principles*. As relações existentes entre *Hard* e *Soft Law* ultrapassam o simples paralelismo e a mera separação dicotômica “vinculante e não-vinculante”,¹⁰⁷ antes alçando ares de complementação e interação.¹⁰⁸ Sob o exemplo do *Guiding Principles*, observa-se a capacidade dos instrumentos *soft* em gerar *standards* normativos, expectativas comportamentais e vetores interpretativos para a aplicação de tratados e convenções internacionais (influenciando diretamente instrumentos de *Hard Law*), o potencial em cumprir a tarefa de incorporação, produção e implementação normativa interna de cada Estado (através de sua legislação doméstica), bem como a sua propensão à formação da *opinio iuris*, contribuindo até mesmo para a formação de *common law* em Direito Internacional. Portanto, reconhecida a sua normatividade e legitimidade, o *Guiding Principles* atua como inegável instrumento normativo, ao que deve ser reconhecido como genuína fonte de Direito Internacional e instrumental efetivo no tratamento (prevenção e repressão) da problemática relativa ao *internal displacement*. Outrossim, para além da problemática relativa ao *internal displacement*, deve-se reconhecer a *Soft Law* como categoria doutrinária que, a despeito de albergar instrumentos de diferenciada estrutura, confere uma nova dinâmica às fontes do Direito Internacional num contexto de Governança Global.

IV. CONCLUSÃO

Partindo da suposta ausência de normatividade dos instrumentos *soft*, intentou-se, ao longo do presente excursão, a defesa da legitimidade da *Soft*

¹⁰⁶ Na defesa de uma “Constituição Global” a partir dos direitos fundamentais, *cf.* Canotilho, J. J. Gomes, “*Brançosos*”..., *cit.*, p. 289.

¹⁰⁷ Schaffer, Gregory C. e Pollack, Mark A., “*Hard Law v. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 94, núm. 3, 2010, pp. 712 e 713.

¹⁰⁸ Terpan, Fabien, *op. cit.*

Law como fonte normativa do Direito Internacional no contexto funcional da Governança Global. Através da análise do *Guiding Principles on Internal Displacement* como instrumento *soft* voltado ao tratamento jurídico-político dos “deslocados internos”, buscou-se ressaltar, notadamente pelas suas disposições, que a sua legitimidade como fonte normativa pode ser (re)construída com base na dinâmica material e procedimental sob a qual emergiu e na qual se vê operacionalizada. A argumentação intentada centrou-se em sua plural legitimação, que se dá tanto pela matéria como pela forma. Para tanto, lançou-se mão dos conceitos de Governança Global e Transconstitucionalismo como recursos discursivos, oferecendo-se como argumentos de fecho os seguintes.

- 1) Tanto o Direito Constitucional como o Direito Internacional não mais podem ser compreendidos na esteira de uma perspectiva fechada e restrita ao elemento da “estatalidade”. O processo de globalização provocou (e tem provocado) a inegável mutação no aspecto regulatório-decisório do cenário mundial, cujos novos desafios, dada a afeção direta a temas transversais à comunidade global, têm cada vez mais exigido uma responsividade no contexto da Governança Global.
- 2) Em razão da emergência de novas problemáticas a serem tratadas no contexto dessa (nova) Governança Global, os instrumentos normativos utilizados como fontes clássicas do Direito Internacional, a exemplo do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não mais têm sido suficientes ao endereçamento jurídico-político daquelas, razão pela qual se tem observado uma ampliação no complexo de instrumentais normativos com vistas a conferir uma responsividade internacional mais célere e eficaz.
- 3) O conceito de *Soft Law* vem justamente ao encontro da satisfação de tal necessidade. Com vistas a evitar o engessamento do tratamento jurídico-político de temas estruturais à comunidade global no âmbito dos processos políticos de regulação-decisão internacional e igualmente no contexto dos processos legislativos internos de cada Estado, o manejo de instrumentais outros como recomendações, acordos, linhas-guia, dentre outros expedientes *soft*, tem recrudescido.
- 4) A despeito de sua alegada característica política e de não-vinculatividade, observa-se que, mesmo paulatinamente, os instrumentos *soft* têm sido cada vez mais manejados como expedientes eficientes no

tratamiento de temáticas afetas às sociedades como um todo, num contexto de administração regulatória e decisória multinível, razão pela qual se pode afirmar que constituem aparatos normativos de Governança Global. A isso, some-se a pluridimensional participação no processo de elaboração de tais instrumentos e o recurso ao discurso jurídico-constitucional, conferindo-lhes evidente legitimidade formal-subjetiva e material.

- 5) No que tange à defesa da normatividade dos instrumentos *soft*, notadamente sob o exemplo do *Guiding Principles on Internal Displacement*, observou-se que suas disposições possuem elementos normativos em sua estrutura, quais sejam, a estatuição de um conteúdo jurídico (um direito, por exemplo), a vinculação de uma obrigação ou dever, e a existência de uma relação de imputação entre ambos.
- 6) Para a análise da sua legitimidade, foram manejados os *topoi* “interculturalidade”, “intersemiotividade” e “interconstitucionalidade”, cuja operação integrada funcionaliza o processo de transconstitucionalidade (Transconstitucionalismo), justificando-se a sua juridicidade pelo discurso material que lhe é subjacente. A isso, acrescenta-se a sua compreensão, como já referido, no contexto de um processo multinível de Governança Global.
- 7) À guisa de conclusão, deve-se afastar a suposta caracterização de “não-direito” da *Soft Law*. Sob o exemplo do *Guiding Principles on Internal Displacement*, afirma-se a sua plena juridicidade e normatividade, legitimando-a pela dinamicidade a que se vê vinculada, integrando-a claramente ao sistema jurídico internacional, ladeando fontes como tratados, convenções, costumes, pactos e decisões de Tribunais e Cortes Internacionais, constituindo, assim, “Direito” propriamente considerado.

V. BIBLIOGRAFIA

- BALKIN, J. M., “The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics”, *University of Miami Law Review*, Florida, vol. 44, núm. 5, 1990.
- BARELLI, M., “The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peo-

ple”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 58, octubre de 2009.

BARROSO, Luís Roberto, “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Massachusetts, vol. 35, núm. 2, art. 2, 2012.

BETTS, Alexander, “Towards a «Soft Law» Framework for the Protection of Vulnerable Migrants”, *New Issues in Refugee Research*, Switzerland, núm. 162, agosto de 2008.

BERMAN, Paul Schiff, “From International Law to Law and Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, vol. 43, núm. 2, 2005.

BLAHOZ, Joseph, “The Theory of Global Governance, Constitutionalization and Comparative Constitutional Law”, *The Lawyer Quarterly: International Journal for Legal Research*, Praga, vol. 43, núm. 3, 2013.

BOGDANDY, Armin von, “Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts. Eine Bestandaufnahme”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, vol. 63, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013.

CASS, Deborah Z., “The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 12, núm. 1, 2001.

COHEN, Roberta, “Lessons Learned from the Development of the Guiding Principles on Internal Displacement”, *Institute for the Study of International Migration*, Washington D. C., octubre de 2013, disponible em: <https://www.brookings.edu/research/lessons-learned-from-the-development-of-the-guiding-principles-on-internal-displacement/>.

COHEN, Roberta, “The Guiding Principles on Internal Displacement: An Innovation in International Standard Setting”, *Global Governance*, Utah, núm. 10, 2004.

- COHEN, Roberta e DENG, Francis M., “The Genesis and the Challenges”, *Forced Migration Review*, Oxford, 2008, p. 4, disponible em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/GuidingPrinciples10/cohen-deng.pdf>.
- CONVENTION AND PROTOCOL RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES, Resolution 2198 (XXI), United Nations General Assembly, disponible em: <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>.
- DIAGNE, Khassim e ENTWISLE, Hannah, “UNHCR and the Guiding Principles”, *Forced Migration Review*, Oxford, 2008.
- DI ROBILANT, Anna, “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 54, núm. 3, julio de 2006.
- DUNOFF, Jeffrey L., “Constitutional Conceits: The WTO’s «Constitution» and the Discipline of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 17, núm. 3, 2006.
- FERRIS, Elizabeth e BERGMANN, Jonnas, “Soft Law, Migration and Climate Change Governance”, *Journal of Human Rights and Environment*, Cheltenham, vol. 8, núm. 1, marzo de 2017.
- GARCIA, Frank J., “Introduction: Globalization, Power, States, and the Role of Law”, *Boston College Law Review*, Massachusetts, vol. 54, núm. 3, art. 3, 2013.
- GLOS, George E., “The Normative Theory of Law”, *William & Mary Law Review*, Virginia, vol. 11, núm. 1, art. 6, 1969.
- GRANOFF, Jonathan, “Pacta Sunt Servanda: Nuclear Weapons and Global Secure Sustainable Development”, *Southwestern Journal of International Law*, California, vol. 21, núm. 2, marzo-mayo de 2015.
- GUIDING PRINCIPLES ON INTERNAL DISPLACEMENT, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, United Nations General Assembly, 1998, disponible em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/GuidingPrinciplesonInternal-Displacement.htm>.
- HASANAJ, Shkelzen, “Multiculturalism vs. Interculturalism: New Paradigm? (Sociologic and Juridical Aspects of the Debate between the two Paradigms)?”, *Journal of Education & Social Policy*, Nueva York, vol. 4, núm. 2, junio de 2017.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999.
- HILLGENBERG, Hartmut, “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 10, núm. 3, 1999.

HIRSCH, Moshe, "The Freedom of Proselytism under the Fundamental Agreement and International Law", *Catholic University Law Review*, Washington, vol. 47, núm. 2, art. 6, diciembre-febrero de 1998.

INTERNALLY DISPLACED PERSONS COMPILATION AND ANALYSIS OF LEGAL NORMS, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, United Nations High Commissioner for Human Rights, 1996, disponible em: <https://digitallibrary.un.org/record/228454>.

JÖRNRUD, Martin, "International Protection of Internally Displaced Persons: A Field Study of Internal Displacement and Available Protection in the Republic of South Sudan", *LUP Student Papers*, 2012, p. 22, disponible em: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3159781&fileId=3224829>.

KÄLIN, Walter, "How Hard is Soft Law? The Guiding Principles on Internal Displacement and the Need for a Normative Framework", *Brooking Project*, Washington D. C., diciembre de 2001, disponible em: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/20011219.pdf>.

KENNEDY, David, "The Sources of International Law", *American University International Law Review*, Washington, vol. 2, núm. 1, art. 1, 1987.

KENNETT, Steven A., "Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment", *Alberta Law Review*, Alberta, vol. 31, núm. 4.

KRISCH, Nico, "Global Governance as Public Authority: an Introduction", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, vol. 10, núm. 4, octubre de 2012.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 4a. ed., trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIAO, Kuan-Wen, "International Protection for Internally Displaced Persons", *All Theses and Dissertations*, Washington University Open Scholarship, enero de 2009, pp. 1-85, disponible em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=etd>.

LAVOYER, Jean Philippe, "Comments on the Guiding Principles on Internal Displacement", *International Review of the Red Cross*, Ginebra, núm. 324, septiembre de 1998, disponible em: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jpg9.htm>.

LICHTENSTEIN, Cynthia C., "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, Chicago, vol. 35, núm. 4, diciembre-febrero de 2001.

- MAYER, Ann Elizabeth, “Universal *versus* Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash with a Construct?”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 15, núm. 2, 1994.
- MCCRUDDEN, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Oxford, vol 19, núm. 4, 2008.
- MOONEY, Erin, “The Concept of Internal Displacement and the Case for Internally Displaced Persons as a Category of Concern”, *Refugee Survey Quarterly*, Oxford, vol. 24, núm. 3, septiembre de 2005.
- MOONEY, Erin, “The Guiding Principles and the Responsibility to Protect”, *Forced Migration Review*, Oxford, diciembre de 2008.
- NEVES, Marcelo, “Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 51, núm. 201, 2014.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVIER, Michèle, “The relevance of «soft law» as source of international human rights”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Southern Africa, vol. 35, núm. 3, 2002.
- OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, 2a. reimp., Coimbra, Almedina, 2016, vol. 1.
- PETERS, Anne, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *The European Journal of International Law*, Oxford, vol. 20, núm. 3, agosto de 2009.
- PETERS, Anne, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, vol. 16, núm. 2, junio-agosto de 2009.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, “How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 20, núm. 1, 1998.
- ROCHA, Leonel Severo e TONET, Fernando, “A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro de novas observações estatais”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 115, julio-diciembre de 2017.
- SCHAFFER, Gregory C. e POLLACK, Mark A., “Hard Law *v.* Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 94, núm. 3, 2010.

- SCHAFFER, Gregory C. e POLLACK, Mark A., “Hard versus Soft Law in International Law Security”, *Boston College Law Review*, Massachusetts, vol. 52, núm. 4, art. 1, 2011.
- SHELTON, Dinah L., “Soft Law”, *GW Law Faculty Publications & Other Works*, Washington D. C, 2008, p. 14, disponible em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2048&context=faculty_publications.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Toward a Multicultural Conception of Human Rights”, en HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta (ed.), *Moral Imperialism. A Critical Anthology*, New York University Press, 2002.
- TERPAN, Fabien, “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, *European Law Journal*, New Jersey, noviembre de 2013, disponible em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00911460/document>.
- TEUBNER, Günther, “Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?”, en LADEUR, Karl-Heinz (ed.), *Globalization and Public Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004.
- TEUBNER, Günther, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, núm. 63, 2003.
- UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS INTERNALLY DISPLACED PERSONS, 5/march/1991, disponible em: E/CN.4/RES/1991/25, <https://www.refworld.org/docid/3b00f0b1c.html>.
- VANDRESEN, Thaís e ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia S., “Globalization, Global Governance, and Challenges to Contemporary Constitutionalism: The (trans) Constitutional Respective and the Dialogue among Jurisdictions”, *University of Baltimore Journal of International Law*, Baltimore, vol. 4, núm. 2, art. 2, 2015-2016.
- WEILER, J. H. H., “The Geology of International Law. Governance, Democracy and Legitimacy”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, vol. 64, 2004.
- WILLIAMSON, Richard L. Jr., “Hard Law, Soft Law and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses”, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, vol. 4, núm. 1, art. 7, abril de 2003.

Hacia un análisis sistémico del proceso probatorio en materia de asilo por motivo de orientación sexual e identidad de género en el derecho común europeo

Towards a Systemic Analysis of the Evidence Assessment in Asylum Claims on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity in the Common European Law

Vers une analyse systématique de la procédure probatoire en matière d'asile fondé sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans le droit commun européen

Daniel Ángel **Borrillo***
Víctor Luis **Gutiérrez Castillo****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas consideraciones en torno al asilo en Europa*. III. *La persecución y protección de las personas LGTBI: causa y efecto en el proceso de obtención del estatuto de refugiado*. IV. *El derecho común europeo de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género*. V. *El problema de la inexistencia de la teoría de la prueba en el proceso de asilo y sus posibles soluciones*. VI. *Aspectos procesales de la presentación de la prueba*. VII. *La evaluación y valoración de la prueba por las autoridades competentes en materia de asilo*. VIII. *Criterios para la evaluación de la credibilidad de las declaraciones del solicitante*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

* Université Paris Nanterre, Francia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1698-3588>.

** Universidad de Jaén, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9329-2836>.

Artículo recibido el 2 de enero de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 741-772
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: En el presente artículo se analizan los diferentes aspectos jurídicos de la prueba en el proceso de asilo por razón de la orientación sexual y la identidad de género. En concreto, se presta una particular atención al relato o declaración del solicitante tanto en la fase de presentación de la solicitud de asilo como en la evaluación por las autoridades nacionales. El estudio se centrará, principalmente, en el derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Palabras clave: asilo, derecho común europeo, Unión Europea, orientación sexual, sistema probatorio.

ABSTRACT: This paper analyzes the different legal aspects of the evidence assessment in asylum claims on the basis of sexual orientation and gender identity. More specifically, it gives special attention to the applicant's account both at the stage of the submission of the asylum application and in the stage of the assessment by the national authorities. This research is focused mainly on the European Union law and the case-law of the Court of Justice of the European Union on this matter.

Key words: asylum, common european law, European Union, sexual orientation, gender identity, evidence assessment.

RÉSUMÉ: Dans cet article, les auteurs analysent les différents aspects de la preuve dans la procédure d'asile pour motif d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Plus particulièrement, il s'agit d'étudier le récit de vie du requérant aussi bien lors de sa présentation qu'au moment de son évaluation par les autorités nationales de l'asile. L'étude est focalisée surtout sur le droit de l'Union Européenne et sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Mots-clés: asile, droit commun européen, Union Européenne, orientation sexuelle, identité de genre, preuve.

I. INTRODUCCIÓN

El asilo se inscribe en una vieja y larga tradición occidental. En el mundo antiguo, ante la violencia y los saqueos frecuentes, algunos lugares se beneficiaban de una suerte de inmunidad, como lo demuestra el término mismo de *asilo*, del griego *asulos*, “lugar inviolable”. De hecho, fue en el templo de Poseidón donde nació tal forma de tutela. El origen religioso explica su naturaleza: el asilo, en tanto espacio sagrado, era una manera de invocar una protección superior. En Roma, dicho lugar era el templo de Asyleus, construido, según la leyenda, por Rómulo en el monte Capitolio.

Desde principios del siglo IV, y con la paulatina cristianización del Imperio romano, la Iglesia apoyó la práctica del asilo, reconocido en los cánones 8, 9 y 10 del Concilio de Sárdica (343-344), siendo posteriormente sancionado por el Imperio con leyes generales a lo largo del siglo V. De esta forma, en su origen este derecho se basó en la sacralidad de determinados espacios con sus implicaciones de inmunidad e inviolabilidad, que se extendían desde el altar a todo el recinto eclesial. Ahora bien, aunque a finales de la Edad Moderna, con la expansión del poder estatal, la institución del asilo fue discutida y entró en desuso, no cabe duda de que esta fórmula de protección contribuiría al perfeccionamiento de las instituciones procesales y judiciales, así como al cambio en la racionalidad y la concepción de los Estados en relación con la inmunidad y la protección de los individuos. En este sentido, las autoridades civiles irían limitando el uso de este privilegio, restringiéndolo a determinados delitos y templos, como demuestra el concordato suscrito entre Felipe V y el papa Clemente XII, en 1737, en el que se distinguía la protección entre templos de asilos e iglesias frías (iglesias rurales y capillas), exceptuadas de la inmunidad local.

Los historiadores coinciden en citar la revocación del Edicto de Nantes, por Luis XIV en 1685, como el hito que marca el comienzo de la tradición europea moderna en materia de asilo territorial.¹ Sin embargo, no sería sino hasta la Revolución francesa que esta institución adquiriría un carácter laico. En 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

¹ Grahl-Madsen, Atle, “The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law”, *Journal of Peace Research*, Leyden, vol. 3, núm. 3, 1966, pp. 278-289.

proclama que la resistencia a la opresión forma parte de los derechos “naturales e imprescriptibles del Hombre”. Cuatro años más tarde, la Constitución del 24 de junio de 1793 va más lejos y afirma expresamente que el pueblo francés es el “amigo y aliado natural de los pueblos libres” y “otorga asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad y lo niega a los tiranos”. De esta forma, el asilo pasa de ser una práctica religiosa marcada por la caridad a una prerrogativa política del Estado.²

Aunque con el movimiento liberal del siglo XIX surge la idea de que el derecho de asilo no está fundado en la soberanía territorial sino en los derechos fundamentales de los individuos, es el siglo XX lo que supone un hito en la evolución del derecho internacional, ya que es el mencionado derecho internacional el que, con cada vez mayor frecuencia, proclama al individuo destinatario directo de sus normas.³ De hecho, en el ámbito internacional, el asilo y la protección subsidiaria constituyen un derecho humano fundamental con un reconocimiento universal (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; el Convenio relativo al estatuto de refugiados, de 1951;⁴ el Protocolo relativo al estatuto de refugiados, de 1967;⁵ los Principios de Yogyakarta, de 2007⁶) y regional (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969;⁷ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸). Siendo pues, al día de hoy, conforme al texto de la citada Convención de 1951, la base jurídica que permite obtener el estatuto de refugiado en caso de tener “fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”.

² Chemin, Anne, “L’asile, un naufrage européen”, *Europe Solidaire Sans Frontières*, París, octubre de 2015, pp. 1-5.

³ Para más información, Gortázar Rotaache, Cristina, *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 58 y 59.

⁴ *Recueil des Traités des Nations Unies*, New York, United Nations Publications, vol. 189, p. 137.

⁵ *Ibidem*, vol. 606, p. 267.

⁶ Los principios de Yogyakarta fueron presentados en Ginebra ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como una carta global el 26 de marzo de 2007.

⁷ Serie de Tratados de la Organización de Estados Americanos, núm. 36, registro ONU 27/08/1979 núm. 17955.

⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012, pp. 391-407.

Los solicitantes de asilo y refugiados con una orientación sexual o identidad de género diversas, como las personas incluidas en el colectivo LGBTI, se enfrentan a distintas vulnerabilidades.⁹ Además de la grave discriminación y violencia que encuentran en sus países de origen (como exclusión del acceso a los servicios básicos, detención arbitraria), los solicitantes de este colectivo son objeto, con frecuencia, de discriminación y violación de derechos durante los procesos legales y administrativos adoptados por los Estados para determinar su condición de refugiados de conformidad con la legislación nacional e internacional. Siendo Europa uno de los principales destinos de aquellos que escapan o corren riesgo de persecución en sus países de origen sobre la base de su orientación sexual.

Así, entendemos necesario y oportuno hacer un análisis crítico del proceso probatorio en los países europeos. Por lo que se refiere a la hipótesis de nuestro trabajo, partimos de la siguiente presunción: en función de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de los estándares internacionales, es posible establecer elementos procesales que permitan una cierta objetivación del análisis de la prueba en materia de asilo por orientación sexual, garantizando un estándar mínimo de protección de derechos y dignidad de los solicitantes. En nuestro propósito de hacer un análisis crítico del proceso probatorio, a la luz de los estándares internacionales y regionales de protección de derechos humanos, seguiremos un método deductivo, partiendo del derecho de la Unión Europea (UE), la jurisprudencia del TJUE y las recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO).

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ASILO EN EUROPA

El sistema europeo común de asilo (SECA) determina los estándares mínimos a los que deben ajustarse los países miembros. El artículo 18 de la Car-

⁹ ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional núm. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, Ginebra, ACNUR, enero de 2012.

ta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce y garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 y del Protocolo del 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Asimismo, el artículo 19 completa el dispositivo, al disponer que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En este orden de ideas, también es oportuno mencionar, en el ámbito de la UE, la existencia del Manual sobre Asilo, que funciona a modo de guía para que las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros operen de manera similar al momento de recibir una solicitud de asilo de acuerdo con las normas internacionales vigentes en la materia.¹⁰ El apartado 3.1.1. de dicho manual trata de la “naturaleza del riesgo”. Recuerda, en primer lugar, que el artículo 9o. de la directiva 95/2011¹¹ también especifica que la persecución puede adoptar diversas formas, como actos de violencia (física o psíquica) o incluso medidas administrativas o jurídicas (entre las que pueden encontrarse leyes que prohíben la homosexualidad). Las diversas formas de persecución y los actos mencionados previamente deben poder atribuirse a una de las cinco categorías de persecución derivadas de la Convención de Ginebra de 1951, a saber: raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opinión política. Cinco categorías consagradas en el artículo 10 de la citada directiva¹² que, en su versión modificada, exige explícitamente la debida consideración de la orientación sexual a los efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social.¹³

¹⁰ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014.

¹¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 20 de diciembre 2011, pp. 9-26.

¹² *Idem*.

¹³ Por lo que respecta a la diferencia entre orientación sexual e identidad de género, cabe señalar que está establecida en los Principios de Yogyakarta. Se entiende por *orientación sexual* la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se entiende por *identidad de género* la profundamente sentida experiencia interna e individual del gé-

Por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cabe señalar que, aunque no hace referencia expresa al asilo, permite de alguna manera efectivizarlo a partir de una interpretación amplia de su artículo 3o., en el que se establece que “nadie podrá ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes”. Y es que, según los jueces de Estrasburgo, constituye una violación a dicho artículo la expulsión a un país donde la persona corre el riesgo de padecer tales tratos. El procedimiento de asilo constituye, de ese modo, un mecanismo del que disponen los Estados para evitar una condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por violación del artículo 3o. del CEDH.

Jurídicamente, podríamos definir el asilo como el derecho a beneficiarse de la posibilidad de entrar y permanecer en el país de acogida a efectos de encontrar una protección y de evitar así los riesgos de persecuciones en el país de origen. El derecho de asilo es otorgado a las personas a las que el Estado de acogida reconoce el estatuto de refugiado. Ahora bien, durante mucho tiempo ese derecho ha sido denegado a las personas homosexuales y transexuales. Y es que la definición de refugiado del derecho internacional es sexualmente neutra y, por ende, no se reconoce de manera expresa la protección en función de género, orientación sexual o identidad de género de las personas. En este contexto, un individuo homosexual o transgénero no podría aspirar a obtener el estatuto de refugiado por la simple consideración de su orientación o identidad sexual.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la única posibilidad de obtener el asilo es fundar su pretensión en la categoría de “pertenencia a un determinado grupo social” del artículo 1o. del Convenio de Ginebra. Gracias a la jurisprudencia de algunos países miembros de la UE, en un primer momento, dicha categoría ha permitido reconocer como refugiados a los individuos perseguidos en razón de su sexualidad. Este ha sido el caso, por ejemplo, de la justicia francesa, que en 1998 admitió que la situación de las personas transexuales en Argelia permitía “considerarlas como un grupo cuyos miembros son por razón de sus características comunes expuestos a persecución

nero de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amancebamientos.

por las autoridades y la sociedad argelina”,¹⁴ posición que mantendría en relación con la comunidad homosexual rusa en el 2005. Planteamiento que también sería seguido por la justicia española, la cual reconoció la posibilidad de que la persecución por orientación sexual e identidad de género pudiera dar lugar a la obtención de protección internacional, incluso antes de que lo hiciera expresamente la actual Ley 12/2009 en sus artículos 3o. y 7o. Buena prueba de ello son las sentencias del 16 de septiembre de 2006 y del 28 de noviembre de 2008 del Tribunal Supremo, las cuales reconocieron que una persecución llevada a cabo por las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su orientación sexual puede encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la, entonces vigente, Ley de Asilo 5/84, del 26 de octubre.¹⁵

El derecho europeo reconocería más tarde la orientación sexual como parte de la categoría “pertenencia a un determinado grupo social”, como también lo harían los Estados miembros integrando dicha protección por sus respectivas legislaciones nacionales, como ha hecho España en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria,¹⁶ donde se establece que “la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual...”.

¹⁴ Original en francés, la traducción es nuestra, CRR (Commission des Recours des Réfugiés) décision “Ourbih” de 15 de mayo de 1998. Para profundizar sobre este tema, Romboli, Roberto, “La homosexualidad como elemento de discriminación: principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas”, en Cuesta López, Víctor y Santana Vega, Dulce M. (coords.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica de la ULPGC-Aranzadi, 2014, p. 298; Créac’h, Xavier, “Les évolutions dans l’interprétation du terme réfugié”, *Revue Hommes et Migrations*, París, núm. 1238, julio-agosto de 2002, pp. 65-74.

¹⁵ Díaz Lafuente, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 89, enero-abril de 2014, pp. 364 y 365. Para más información, Santolaya Machetti, Pablo y Pérez-Moneo, Miguel Agapito, *El derecho de asilo en la jurisprudencia (julio 2005-junio 2006)*, Barcelona, CIBOD, 2006. Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida (y reforzada) tras la publicación de la Ley 12/2009, dando lugar a sentencias que han constituido un hito en la protección de la comunidad LGTBI en materia de asilo.

¹⁶ *BOE*, núm. 263, 31 de octubre de 2009, pp. 4-28.

Por otra parte, cabe señalar que la orientación sexual como riesgo de persecución trae aparejada la dificultad de comprobar la credibilidad de dicha sexualidad. Probar de forma objetiva la orientación sexual es particularmente complicado, pues el solicitante a menudo no puede presentar elementos que le permitan atestar tal situación, como documentos personales, fotografías, testimonios, artículos de prensa, certificados médicos, etcétera. La cuestión se complica aún más cuando el solicitante lleva una doble vida e, inclusive, se ve obligado a contraer matrimonio con una persona de sexo opuesto en su país. Ante la dificultad de presentar pruebas objetivas, la solidez del *dossier* de asilo dependerá de las declaraciones del solicitante, las cuales devienen en el elemento central del procedimiento.

III. LA PERSECUCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS LGTBI: CAUSA Y EFECTO EN EL PROCESO DE OBTENCIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

1. *La causa: el temor fundado*

El primer elemento que desencadena el proceso de asilo es el temor fundado de persecución que corren algunas personas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género. Se trata de un sentimiento subjetivo que debe apoyarse en una situación objetiva documentada por varios actores: organizaciones no gubernamentales, organismos de derechos humanos, agencias de Estado, autoridades consulares, testimonios periodísticos, etcétera. Al día de hoy, 73 países penalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y nueve de ellos lo hacen con la pena capital, como es el caso de Mauritania, Nigeria, Sudan, Yemen, Irán, Afganistán, Pakistán, Arabia Saudí y Somalia. El auge de los integristas religiosos en el mundo augura una situación aun más desalentadora. Las sectas evangélicas en el poder en varios países de América Latina, la influencia de la Iglesia ortodoxa en Rusia, la expansión del islamismo radical y la del fundamentalismo judío ensombrecen la situación de las personas LGBTI, haciéndolas objeto de violencia y discriminación.

Además de los Estados que criminalizan la homosexualidad, existen otros donde la violación “correctiva” de lesbianas, las terapias de conversión

o reorientación sexual para “curar” la homosexualidad, los matrimonios forzados, el internamiento psiquiátrico, el acoso y la discriminación son moneda corriente sin que las autoridades intervengan para proteger a las posibles víctimas. En la mayoría de los países de origen, el Estado no tiene el monopolio de la persecución, e inclusive allí donde no hay penalización, la familia, los vecinos, los empleadores y hasta la policía pueden ser fuente de violencia contra las personas LGBTI.

En los Estados en los que se sanciona penalmente la homosexualidad dicho concepto se encuentra ausente del orden jurídico represivo. Mientras que en Occidente se utilizan términos que se refieren a una identidad (orientación sexual, identidad de género, LGBTI...), en los países de origen la terminología hace referencia a un acto “contra natura”, como “sodomía”, “atentado a las buenas costumbres”, “indecencia grave”, “relaciones carnales antinaturales”, etcétera. Según Amnistía Internacional, en los últimos años la situación se ha degradado particularmente en África subsahariana, donde 38 países siguen considerando la homosexualidad como una infracción penal.¹⁷ En 2016 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha adoptado una resolución mediante la cual se nombra un experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual o la identidad de género para que informe a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) acerca de las causas de la violencia homofóbica y los medios para combatirla. Según este informe

Las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo siguen siendo delito en 73 países, lo que expone a las personas al riesgo de detenciones, chantajes y extorsiones y fomenta la estigmatización, la discriminación y la violencia. Si bien cinco Estados han despenalizado la homosexualidad desde 2011, en otros se han aprobado o propuesto leyes discriminatorias, se han ampliado las sanciones y se han establecido restricciones discriminatorias a la libertad de expresión y de asociación.¹⁸

La dimensión geopolítica es inherente al derecho de asilo. Las autoridades nacionales fundan sus decisiones sobre la base de un análisis respecto de

¹⁷ Amnesty International, *Mapping Anti-Gay Laws in Africa*, Londres, Amnesty International UK, 31 de mayo de 2018.

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Naciones Unidas, 19 de abril de 2017.

la situación en los países de origen del solicitante. En ese sentido, la directiva 2011/95/UE¹⁹ establece, en su artículo 4o., inciso 3, que

La evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta: a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican.

El dispositivo se completa con el artículo 10, inciso 3 b), de la directiva 2013/32/UE,²⁰ según el cual “los Estados miembros garantizarán que las resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional de la autoridad decisoria se dicten tras un examen adecuado”. A tal fin, los Estados miembros garantizarán que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información de la EASO,²¹ del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, respecto de la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes.

2. El efecto: la protección de las personas LGBTI

Como señalamos anteriormente, el artículo 1o. de la Convención de Ginebra establece que debe ser considerado como refugiado toda persona que

...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores,

¹⁹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 13 de diciembre de 2011, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 20 de diciembre de 2011, pp. 9-26.

²⁰ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de junio de 2013, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de junio de 2013, pp. 60-95.

²¹ La Oficina Europea de Apoyo al Asilo es una agencia creada por el Reglamento 439/2010 de la Unión Europea para aumentar la cooperación de los Estados miembros de la UE en materia de asilo, mejorar la implementación del Sistema Europeo Común de Asilo y apoyar a los Estados miembros bajo presión, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de mayo de 2010, pp. 11-28.

no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.²²

Holanda fue el primer país en reconocer la orientación sexual como motivo de persecución en una decisión del Consejo de Estado el 13 de agosto de 1981. Del mismo modo, en 2002 el ACNUR publicó una nota en la que afirmaba que la persecución motivada por la orientación sexual debe ser considerada relevante para la solicitud de asilo.²³

La categoría “orientación sexual”, interpretada como pertenencia a un determinado grupo social de la Convención de Ginebra, aparece por primera vez en el ámbito de la UE de manera explícita en la directiva 2004/83/CE del 29 de abril de 2004,²⁴ en su artículo 10 d), cuando establece que

...se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular: los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella y dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual...

La directiva 2011/95/UE del 13 de diciembre de 2011, que modifica la directiva de 2004 y refunde las normas relativas a los requisitos para el derecho de asilo, retoma la categoría de “orientación sexual” de ésta última y añade la expresión “los aspectos relacionados con el sexo de la persona”, que permite proteger también la identidad de género.

²² *Recueil des Traités des Nations Unies*, cit., vol. 189, p. 137.

²³ ACNUR, Directrices sobre protección internacional. La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (HCR/GIP/02/0), Ginebra, ACNUR, 7 de mayo de 2002.

²⁴ Directiva 2004/83/CE del Consejo, 29 de abril de 2004, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23.

IV. EL DERECHO COMÚN EUROPEO DE ASILO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Para determinar si el solicitante puede acceder al estatuto de refugiado, las autoridades del asilo en Europa deberán determinar si en su país de origen los homosexuales constituyen un grupo social en el sentido de la directiva 2011/95/UE. En el asunto *F. c. Bevándorlási és Allampolgarsági Hivatal*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ante una cuestión prejudicial planteada por las autoridades judiciales húngaras en 2016,²⁵ recuerda que el solicitante puede beneficiarse de la protección internacional en la medida en que pertenece a un grupo social perseguido.²⁶ Dicha protección debe, asimismo, aplicarse si el solicitante fuera únicamente percibido por los autores de la persecución como miembro de dicho grupo social. Lo que importa, en consecuencia, no es tanto la orientación sexual del solicitante, sino la manera en que es visto por quien lo discrimina. En teoría, las autoridades competentes en materia de asilo deberían proceder a un examen sociológico objetivo respecto de la situación general de los homosexuales en el país del solicitante, y no a un análisis psicológico acerca de la sexualidad de este último. Lo que, sin embargo, no es siempre el caso en la práctica.

El TJUE ha considerado, también, que si existe una legislación que penaliza los comportamientos homosexuales, los solicitantes de dicho país deben ser, en principio, considerados pertenecientes a un determinado grupo social. No obstante, la penalización en cuanto a tal no constituye una

²⁵ El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szeged, en Hungría (Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság), interpuso por resolución del 8 de agosto de 2016 una cuestión prejudicial al TJUE, planteando dos cuestiones: por una parte, si la aplicación del artículo 4o. de la directiva 2004/83/EC permite, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el uso de dictámenes de expertos basados en test de personalidad para la concesión de asilo a solicitudes planteadas por personas LGBTI y, por otra, si debería ser impedido su uso a las autoridades húngaras para la determinación de la veracidad de los relatos de dichos solicitantes.

²⁶ Sentencia del TJUE (Sala Tercera), 25 de enero de 2018, asunto C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36.

persecución susceptible de otorgar el derecho de asilo, salvo que la pena sea la prisión efectivamente aplicada.²⁷ Del mismo modo, el TJUE recuerda en esta sentencia que la persecución invocada debe tener un cierto nivel de gravedad y que cualquier violación de los derechos fundamentales del solicitante no significa un riesgo de persecución en el sentido utilizado por la Convención de Ginebra. El juez de Luxemburgo invita, de este modo, a las autoridades nacionales a analizar las informaciones respecto del país de origen; es decir, no sólo lo que dicen las leyes represivas, sino también su grado de aplicación.

Respecto de la práctica de discreción solicitada por algunas autoridades nacionales, el TJUE pone fin a tal condición indicando que “A la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual”.²⁸ De hecho, exigir a los miembros de un determinado grupo social que comparten la misma orientación sexual que la disimulen, sería contrario al reconocimiento mismo de tal grupo social.

V. EL PROBLEMA DE LA INEXISTENCIA DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE ASILO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Como es sabido, el derecho europeo no dispone de una teoría de la prueba en materia de asilo. La citada directiva de 2011 se refiere únicamente a la “valoración de hechos y circunstancias”, así como a los elementos necesarios para fundamentar la solicitud de asilo. Estos elementos son definidos por su artículo 4o., inciso 2, cuando reza: “las declaraciones del solicitante y toda la documentación de la que disponga”.

²⁷ En este sentido se pronunció el TJUE ante una cuestión prejudicial promovida por Países Bajos. Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), *X.Y. y Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 de noviembre 2013, asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C 201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

²⁸ Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), *X.Y. y Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*, cit.

En sentido amplio, la prueba es el modo de demostrar un hecho. Del punto de vista jurídico, contrariamente a la prueba científica, el objetivo no es tanto acceder a la verdad material de los hechos, sino, más bien, convencer al juez de su veracidad. Lévy-Bruhl afirma que “en materia judicial, la prueba tiene esencialmente como finalidad persuadir al juez. No es tanto la búsqueda de la verdad para lo que sirve la prueba sino el medio de crear una convicción en la mente del juez”.²⁹ Ante todo, se trata de una actividad intelectual, un razonamiento tendente a una demostración susceptible de convencer al juez no tanto de la verdad, sino de la verosimilitud de los hechos invocados por el solicitante. Podemos coincidir, entonces, con Lévy-Bruhl, cuando define la prueba como “un mecanismo destinado a establecer una convicción respecto de un hecho incierto”. Según el adagio latino *idem est non esse et non probari*, lo que no se puede probar no es jurídicamente relevante. Contrariamente al derecho civil o penal, no existe en el derecho administrativo continental una teoría de la prueba. Es la jurisprudencia la que ha creado algunas reglas que permiten organizar el principio general de la libertad de la prueba propio al derecho administrativo. Las autoridades competentes en materia de asilo se encuentran así con la responsabilidad de conducir el proceso y utilizar dentro del procedimiento inquisitorio los poderes generales de instrucción e investigación.

En los procedimientos en materia de asilo es frecuente encontrarse con muy pocas pruebas materiales susceptibles de fundar la pretensión del solicitante. Dicha situación hace muy complicada la instrucción y sumerge a las autoridades del asilo en una incertidumbre generalizada. A ello se suma que las declaraciones de los solicitantes se refieren a contextos culturales y geopolíticos lejanos a los cuales la instrucción tiene acceso únicamente a través de la documentación de organismos de derechos humanos u organizaciones no gubernamentales (ONGs). La instrucción y la evaluación tanto de los hechos como de las declaraciones del solicitante se realiza a partir de hipótesis de una probabilidad aproximativa. Si bien es cierto que la prueba hace intervenir disposiciones psicológicas tanto de quien la presenta como de quien la evalúa, los elementos objetivos no pueden ser descuidados. En este sentido, en función de la teoría general de la prueba, los mismos pueden analizarse en respuesta a cuatro pregun-

²⁹ Lévy-Bruhl, Henri, “Réflexions sur la preuve judiciaire”, *Journal de Psychologie Normale et Pathologique*, París, vol. XLV, 1951, p. 82.

tas principales: ¿qué se debe probar?, ¿cómo se debe probar?, ¿quien debe probar?, y ¿cuándo se debe probar?

VI. ASPECTOS PROCESALES DE LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba consiste en dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué debe probar el solicitante para obtener el estatuto de refugiado en un proceso de asilo? Según el derecho común europeo, el solicitante del derecho de asilo, en cualquiera de los países miembros, debe probar tres elementos: 1) el hecho generador, es decir, el riesgo personal de persecución que corre en su país de origen; 2) la pertenencia a un determinado grupo social como categoría de protección del derecho internacional recepcionada en el derecho europeo, y 3) el nexo de causalidad entre el hecho generador y la categoría en cuestión.

1. *El objeto: ¿qué se debe probar?*

La respuesta a esta pregunta constituye el objeto de la prueba, la cual reviste tres condiciones en materia de asilo: el hecho generador de la persecución, la pertenencia a un determinado grupo como garantía de protección y la existencia de una relación de causalidad entre el hecho generador y la categoría en cuestión.

Por lo que se refiere al elemento sustancial o hecho generador, cabe señalar que éste viene determinado por los actos y los motivos de persecución a los que hace referencia el artículo 1o. de la Convención de Ginebra. Elementos esos que deben ser analizados a la luz de lo que establecen los artículos 9o. y 10 de la directiva 2011/95/UE; es decir, que se trate de actos “suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales”, debiendo, en particular, revestir las siguientes formas: actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales discriminatorias; penas desproporcionadas; denegación de tutela judicial...

El temor de persecución, y no la persecución efectiva, es lo que se debe probar como hecho generador. La persecución que se teme debe revestir una cierta gravedad, como hemos visto, y referirse, además, personalmente al solicitante. El temor subjetivo debe así fundarse en una situación de riesgo objetivo para que sea considerado razonable. Como lo recuerda el ACNUR, las notas preparatorias de la redacción de la Convención ayudan a esclarecer este tema. Una de las categorías de refugiados a la que hace referencia el Anexo I de la Constitución de la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), es la de personas “que expresaron objeciones validas a retornar” a sus países, definiéndose “objeción valida” como “persecución, o temor, basado en motivos razonables de persecución”. El Manual de la OIR enunciaba que la expresión “motivos razonables” debía de entenderse en el sentido de que el solicitante había ofrecido “un relato creíble y coherente de las causas por las cuales teme la persecución”.³⁰

Cabe recordar, asimismo, que el TEDH prohíbe la expulsión cuando el solicitante se encuentra expuesto al retornar a su país de origen a un riesgo de muerte o tortura o penas y tratamientos inhumanos y degradantes. Los hechos relevantes presentados por el solicitante son confrontados a las fuentes objetivas de información disponibles como los informes de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la EASO, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), los informes de las ONG (Amnesty International, ILGA, Human Right Watch), los informes de organismos nacionales (Refugee Documentation Centre de Irlanda, la agencia sueca de inmigración, el defensor del pueblo, la comisión canadiense de inmigración, etcétera), las publicaciones académicas, los documentos jurídicos (leyes, sentencias...), los artículos de prensa y también las fuentes provenientes de redes sociales, así como de las visitas *in loco* y misiones de oficinas de asilo en los países de origen.

La pertenencia a un determinado grupo social como categoría de protección del derecho internacional recepcionada en el derecho europeo es el segundo elemento que debe probarse. Las diferentes formas de persecución deben imputarse a algunos de los cinco motivos establecidos en la Convención de Ginebra (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas). Como lo hemos analizado anteriormente,

³⁰ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, Ginebra, ACNUR, 16 de diciembre de 1998, p. 3.

la orientación sexual y la identidad de género entran en la categoría “pertenencia a un determinado grupo social”. Tal categoría no significa que existan estructuras colectivas, insistimos, basta con que el solicitante sea percibido y reconocido por la sociedad de origen como miembro de un grupo específico. Es la sociedad hostil a la homosexualidad la que hace del solicitante un miembro de un determinado grupo social y no su identidad (teoría de la mirada social). Es el juez, por consiguiente, el que debe analizar de manera individual el caso concreto. Y es que, no debemos olvidar, que el temor a la persecución puede provenir del aparato represivo del Estado, de actores no estatales o de la hostilidad de la propia familia del solicitante.

Según el ACNUR, “identificarse a sí mismo como LGBT debe tomarse como una indicación de la orientación sexual de la persona”³¹ (teoría de la autoidentificación). En la mayoría de los casos, los agentes del asilo preguntan al solicitante cuál es su orientación sexual y aunque es la teoría de la mirada social la que debería prevalecer, en realidad es muy difícil obtener el asilo sin declararse a sí mismo como homosexual. Por último, para que los hechos invocados por el solicitante puedan ser establecidos en la instrucción, es necesario probar el nexo de causalidad entre el riesgo de persecución y la pertenencia a un determinado grupo social (orientación sexual o identidad de género). La prueba de dicho nexo de causalidad puede realizarse por cualquier medio (prueba documental, testimonio...).

2. Aspectos jurídicos relevantes del sistema de libertad de prueba

En la teoría general de la prueba encontramos dos grandes sistemas: la prueba legal y la libertad de la prueba. En el primero, propio del derecho civil y penal, se determina por ley tanto las pruebas admitidas como su jerarquía (*preuve légale*), mientras que el segundo, propio del derecho administrativo, deja la apreciación de la prueba en manos del juez (*liberté de preuve*). El asilo se rige por el régimen de la libertad de la prueba. En principio, cualquier prueba fiable resulta admisible. El juez evalúa con toda libertad

³¹ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, trad. de la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas, Ginebra, ACNUR, noviembre de 2008, p. 20.

el valor de los elementos de prueba que el solicitante le somete y toma su decisión en función de la íntima convicción. El criterio que determina la íntima convicción, como lo indicamos anteriormente, no es la verdad, sino la verosimilitud.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba (¿quién debe probar?), cabe señalar que el principio *actori incumbit probatio* tiene que interpretarse de manera flexible por la naturaleza misma de todo proceso administrativo en el cual las partes se encuentran en situación de desigualdad. En efecto, no se le exige tanto al solicitante que aporte la prueba completa, sino ciertos indicios que sirvan como comienzo de prueba. Incluso el derecho europeo no utiliza el término prueba para referirse a los procedimientos de asilo. El artículo 4o. de la directiva de 2011 establece únicamente que “es obligación del solicitante presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud”. Según el ACNUR, “esta obligación se cumple por parte del solicitante presentando un informe veraz de los hechos que fundamentan la solicitud, de modo que, basándose en los hechos, se pueda llegar a tomar una decisión adecuada”.³² En realidad, la directiva no impone la carga de la prueba al solicitante, sólo contempla que los Estados miembros puedan considerar la obligación de éste de dar argumentos que permitan cimentar sus alegaciones. La noción “fundamentar su solicitud” implica, efectivamente, un deber menos pesado que aquel clásico de “carga de la prueba”.

Otras de las cuestiones importantes en relación con el sistema probatorio, es la problemática de los plazos. Según la directiva 2011/95, el solicitante debe presentar con la mayor rapidez posible su solicitud, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado a tiempo (artículo 4o., inciso d). Según el ACNUR, en la práctica el término “lo antes posible” se define por el plazo y las modalidades del procedimiento. Asimismo, en cuanto a presentación de declaraciones, pruebas documentales y de otro tipo, el ACNUR insta a las autoridades decisorias a que velen por que el procedimiento permita, y las orientaciones normativas instruyan, a los responsables de la decisión a tener en cuenta las circunstancias personales y contextuales de los solicitantes, incluyendo los medios a su disposición para obtener pruebas documentales y de otro tipo, traducciones, cuando sean necesarias.

³² ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito...*, cit., p. 2.

Es probable que el solicitante no declare de inmediato su homosexualidad a las autoridades competentes en materia de asilo, en tal caso, el TJUE ha establecido que no se puede desestimar una solicitud por el mero hecho de que el solicitante “no reveló su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución”.³³ Como subraya Tissier-Raffin, el TJUE confirma una visión no estereotipada de la orientación sexual, pues se apoya en la idea de que la revelación de elementos íntimos de la identidad puede verse afectada por sentimientos profundos de vergüenza u homofobia interiorizada, traumas, etcétera, lo cual explica la demora del solicitante en desvelar su condición.³⁴

VII. LA EVALUACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN MATERIA DE ASILO

1. *La instrucción*

El principio de libertad de prueba que gobierna el proceso en materia de asilo no significa que no existan reglas que determinen la validez de los medios probatorios. De hecho, como reconoce el ACNUR en su documento sobre protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas,³⁵ es importante garantizar que los solicitantes de asilo LGBTI gocen de acceso a una evaluación justa y eficiente de sus solicitudes de la condición de refugiado y que su dignidad se mantenga durante todo el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. En este sentido, el artículo 10, inciso 3 a) de la directiva 2013, establece un principio general según el cual “el examen de las solicitudes y la adopción de las resoluciones se efectúen de forma individual, objetiva e imparcial”,

³³ Sentencia del TJUE (Gran Sala), *A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

³⁴ Tissier-Raffin, Marion, “L’orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité”, *La Revue des Droits de L’homme*, París, núm. 28, enero de 2015.

³⁵ ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, Ginebra, ACNUR, diciembre de 2015.

que, obviamente, también debe ser aplicable a este colectivo. Es por esta razón por lo que el TJUE, en tanto que intérprete del derecho europeo, ha establecido un régimen probatorio en el que ciertas pruebas se encuentran prohibidas, en particular aquellas que atentan a la vida privada y la dignidad del solicitante.

En este sentido, el principio de cooperación con el solicitante es, según el artículo 4o. de la directiva de 2011, un deber del organismo de evaluación de la prueba. Pudiendo el solicitante desconocer la obligación de fundar sus alegaciones, y más aun cómo hacerlo, es la administración que instruye a la que le incumbe la tarea de asistir al solicitante por todos los medios de que disponga, como lo indica el TJUE al establecer que “el Estado debe cooperar con el solicitante en el momento de la determinación de su alegación”.³⁶ En caso de imposibilidad de aportar pruebas materiales (documentos, testimonios...), sus declaraciones son suficientes siempre y cuando las mismas se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible. La credibilidad general del solicitante constituye el elemento principal de evaluación. El TJUE considera que la identificación como LGBTI no puede ser el único criterio que permita evaluar la solicitud de asilo. Y la declaración del solicitante constituye, pues, el punto de partida para el examen de tal solicitud.

2. Las pruebas admitidas en las solicitudes de asilo de personas LGTBI

En principio, todos los medios de pruebas son admisibles con la única restricción, como veremos más tarde, del respeto a la vida privada y a la dignidad humana del solicitante. Este último presentará, con la mayor rapidez posible, todos los elementos útiles que sirvan para fundar su solicitud: la declaración individual y el relato de vida detallado que permita justificarla, su historia y la de su familia y cualquier documento o testimonio que fundamente su situación. En la práctica, las principales pruebas admitidas, además de las declaraciones (relato de vida), son aquellas que permiten establecer episodios violentos que el solicitante ha padecido, como por

³⁶ Sentencia del TJUE (Gran Sala), *A, B et C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie...*, cit.

ejemplo, un certificado médico expedido en el país de acogida en el que se confirmen las secuelas de tales episodios, tanto físicas como psicológicas.

La prueba testimonial resulta de las declaraciones de personas que relatan lo que han visto u oído. Aunque muchas veces es difícil aportar tales pruebas en los procesos de asilo por orientación sexual, los testimonios pueden arrojar luz sobre elementos importantes del proceso. En muchos casos, el solicitante presenta el testimonio de una asociación LGBTI del país de acogida, en el que los miembros de la ONG certifican que éste ha pedido ayuda y/o ha participado en las actividades de la asociación. Pruebas éstas que deberían ser aceptadas. Y es que, indica el ACNUR en su Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado..., el requisito de la prueba de los solicitantes en estas condiciones no debería aplicarse estrictamente en vista de las dificultades que encuentran los solicitantes de condición de refugio de este colectivo para la obtención de elementos probatorios.³⁷ Es por ello, y siguiendo esta línea, por lo que la guía de la EASO dice que los tipos de pruebas admitidas son las orales (declaraciones del solicitante o de su familia, testigos y declaraciones de peritos), las pruebas documentales (documentos de identidad, informes médicos, decisiones judiciales, informes policiales, correos electrónicos, artículos de prensa...), las pruebas visuales (redes sociales, fotografías, videos, dibujos), las pruebas sonoras (grabaciones) y otras piezas (objetos, huellas digitales, cicatrices corporales...).

3. *Las pruebas prohibidas en las solicitudes de asilo a la luz de la jurisprudencia del TJUE*

En los últimos años algunos Estados han utilizado medios de prueba que han impresionado a la opinión pública, como los test falométricos que fueron inventados por el sexólogo Kurt Freund en 1950 para luchar contra las infracciones sexuales. Dicho test consiste en una técnica mecánica que permite medir la excitación sexual masculina en función del flujo sanguíneo genital en respuesta a una estimulación visual sexualmente explícita con

³⁷ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, ACNUR, reedición de diciembre de 2011, p. 38.

la ayuda de electrodos colocados en el pene. Concretamente, las autoridades checas hacían visualizar al solicitante un film pornográfico heterosexual para verificar si tenía o no una erección y, en función de dicho test, se le otorgaba o rechazaba el asilo. El ACNUR rápidamente condenó tal practica considerándola intrusiva y desproporcionada.³⁸

Más tarde, y gracias a la iniciativa del Consejo de Estado holandés, el TJUE, por medio de una cuestión prejudicial, se pronunció sobre la conformidad de tal práctica y otras similares con el derecho europeo.³⁹ El problema surgió cuando las autoridades holandesas se encontraron ante solicitantes que voluntariamente deseaban someterse a un test falométrico o, en su defecto, proponían filmarse en una relación homosexual para probar su orientación sexual.⁴⁰ La cuestión prejudicial dio ocasión al TJUE de recordar los principios que deben guiar el derecho de la prueba en materia de asilo fundado en la orientación sexual. Los jueces de Luxemburgo indican que las modalidades de apreciación de la prueba deben ser conforme al derecho de la UE y respetar los principios establecidos en la Carta, en particular el respeto a la dignidad humana y a la vida privada y familiar del solicitante.⁴¹

El TJUE establece, asimismo, que no se deben evaluar las solicitudes de asilo sobre la base únicamente de nociones estereotipadas asociadas a la homosexualidad. Si las autoridades están legitimadas a proceder a interro-

³⁸ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation, New York, UNHCR, abril de 2011.

³⁹ Sentencia del TJUE (Gran Sala), *A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid...*, cit.

⁴⁰ Tres ciudadanos de países no comunitarios habían pedido asilo por temor a ser perseguidos por su homosexualidad. En los tres casos las autoridades holandesas denegaron las peticiones porque consideraron que la orientación no había quedado “demostrada”. Uno de ellos —en una segunda petición— aseguró estar “dispuesto a practicar un acto homosexual” o a someterse a “exámenes”. El segundo ciudadano llegó a presentar una grabación en video de actos íntimos con otra persona de su mismo sexo. El tercero no aportó “más detalles sobre sus sentimientos y el proceso interior relativo a su orientación”, según el criterio de las autoridades holandesas.

⁴¹ En esta Sentencia, el TJCE considera que la protección subsidiaria prevista en el artículo 15 c) de la directiva 2004/83/CE representa una medida protectora más allá de la recogida en el artículo 3o. del CEDH, por lo que su interpretación debe realizarse de forma autónoma desde el derecho comunitario. Para más información, Dunne, Peter, “*A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: Fairer Assessment Procedures for Gay and Lesbian Asylum Applicants in the EU*”, *European Law Review*, Londres, vol. 21, núm. 3, 2015, pp. 411-423.

gatorios destinados a evaluar los hechos relevantes relativos a la orientación sexual del solicitante, las preguntas relativas a detalles íntimos acerca de la vida sexual son, según el TJUE, contrarias a los derechos fundamentales protegidos por la Carta y, particularmente, el derecho a la dignidad y a la privacidad.

Las fotos íntimas, los videos y los test tendentes a probar la orientación sexual del solicitante constituyen pruebas prohibidas que deben ser desestimadas *in limine*, inclusive si son propuestas o requeridas por el interesado. Por lo demás, el tribunal subraya que autorizar o aceptar este tipo de pruebas tendría un efecto incentivador respecto de otros solicitantes y equivaldría, *de facto*, a imponerles este tipo de pruebas. De igual modo, son prohibidos por el TJUE los test psicológicos de personalidad que pretenden probar la orientación sexual del solicitante.

En este orden de ideas, a causa de las decisiones adoptadas por las autoridades húngaras, el TJUE tendría la oportunidad de pronunciarse sobre este tema. Y es que, en 2015 la Oficina Húngara de Inmigración y Asilo (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) decidió denegar el estatuto de refugiado a un solicitante sobre la base de un informe pericial psicológico según el cual no se podía determinar su homosexualidad. Los test utilizados por el perito fueron el test de Rorschach de evaluación psicológica de tipo proyectiva, que consiste en presentar unas láminas con manchas que deben ser interpretadas por el paciente, y el test de Szondi, que consiste en analizar una serie de fotos y organizarlas en función de las más agradables hacia las más desagradables.⁴² Esos diagnósticos carecen de base científica y han sido abandonados por los profesionales de Europa occidental, sin embargo, fueron utilizados en Hungría hasta esta sentencia.

En este caso, el solicitante apeló la decisión y las autoridades judiciales húngaras decidieron, mediante petición prejudicial, consultar al TJUE para saber si es posible evaluar las declaraciones del solicitante basándose en un test psicológico de personalidad y, de un modo general, informarse sobre qué tipo de peritaje se puede utilizar para examinar la credibilidad de los relatos de solicitudes de asilo en razón de la orientación sexual. El TJUE, en la decisión *F/ Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* del 25 de enero 2018,

⁴² Fernández Dávila, Percy y Ávila, Daniel, “Indicadores de homosexualidad en el dibujo de la figura humana: comparación entre homosexuales y heterosexuales”, *Revista de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, vol. 21, núm. 2, 2003, pp. 333-361.

comenzó su argumentación por la última pregunta, indicando que “algunos métodos periciales pueden resultar útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud y pueden aplicarse sin vulnerar los derechos fundamentales de dicho solicitante”.

No obstante, respecto a la primera pregunta, los jueces de Luxemburgo concluyeron que incluso cuando la realización de los test psicológicos del informe pericial está subordinada a la expresión del consentimiento por parte del solicitante, “cabe considerar que dicho consentimiento no se presta necesariamente con libertad, dado que, *de facto*, viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes de protección internacional”,⁴³ y que, por tanto, en estas condiciones, utilizar un informe psicológico para determinar la orientación sexual del solicitante constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada.⁴⁴

En conclusión, la gravedad de la injerencia no justifica el objetivo deseado: determinar la orientación sexual del solicitante. Según el Tribunal, dicho peritaje no resulta indispensable para evaluar las declaraciones del solicitante, y la entrevista con las autoridades del asilo resulta más adecuada a tal efecto. En este sentido, el Tribunal de Justicia señala que, en virtud de la directiva, ante una situación en la que la orientación sexual del solicitante no se recoge en pruebas documentales, las autoridades nacionales, que deben disponer de personal competente, pueden basarse, entre otras opciones, en la coherencia y la credibilidad de las declaraciones del solicitante. Además, el Tribunal subraya que

...en el mejor de los casos, el mencionado examen no tiene más que una fiabilidad limitada, por lo que puede cuestionarse su utilidad para evaluar la credibilidad de las declaraciones de un solicitante de asilo, especialmente en casos como el del presente asunto, en los que las declaraciones del solicitante no son contradictorias.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia concluye que “la utilización de un examen psicológico con el fin de determinar la realidad de

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), 25 de enero de 2018, apartado 53. Planteamiento éste que también mantuvo en su sentencia del 2 de diciembre de 2014, A. y otros, C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, apartado 66.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), 25 de enero de 2018, apartados 54, 56 y 57.

la orientación sexual de un solicitante de asilo no se ajusta a la directiva leída a la luz de la Carta”.⁴⁵

VIII. CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL SOLICITANTE

La obtención del asilo dependerá, en gran medida, de la credibilidad de las declaraciones del solicitante, sobre todo cuando las mismas constituyen el único elemento de prueba. Una vez identificados los hechos pertinentes; el solicitante tenga un temor fundado de ser perseguido en su país de origen en razón de su homosexualidad (verdadera o supuesta) y que se encuentre en la incapacidad de solicitar la protección de su país (bien porque no pueda, bien porque no desee hacerlo por dicho temor), la cuestión de la evaluación de la credibilidad de sus declaraciones por parte de las autoridades de instrucción constituye la etapa más importante del procedimiento de asilo.

Evaluar la credibilidad exige que el agente responsable de la decisión establezca una conclusión clara acerca de la probable veracidad de cada hecho invocado. La cuestión es particularmente compleja, ya que tanto la directiva de 2011 como la de 2013 no prevén la manera en cómo se debe evaluar la credibilidad de dicha declaración. Corresponde entonces a cada Estado miembro regular en su propio ordenamiento jurídico las modalidades procesales del caso. Para ello, el ACNUR propone una definición de la credibilidad, según la cual la misma puede establecerse “cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que, por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble”.⁴⁶

Sobre la base de lo establecido por las diferentes jurisprudencias nacionales, el EASO, en su documento de 2018 sobre la valoración de las pruebas y de la credibilidad en el marco del sistema europeo común de asilo,

⁴⁵ TJUE, comunicado de prensa núm. 8/18, 25 de enero de 2018, relativo a la sentencia en el asunto C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

⁴⁶ ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito...*, cit., p. 2.

propone determinados criterios que permiten evaluar la credibilidad de la declaración del solicitante en función de cuatro variables: la consistencia interna del relato, la externa, su grado de detalle y su verosimilitud.

Según el EASO, la *consistencia interna* se refiere a las conclusiones acerca de la coherencia y las posibles incongruencias, discrepancias u omisiones de las declaraciones y otras pruebas presentadas por los solicitantes en sus escritos y entrevistas, en todas las fases de la tramitación de su solicitud y recurso hasta la resolución final. Lo principal en este aspecto es el nivel de coherencia del relato o historia del solicitante.⁴⁷ Ello no significa, como lo recuerda el TJUE, que el relato deba ser lineal, cronológico y que el solicitante deba recordar con lujo de detalle fechas exactas;⁴⁸ como siempre, todo dependerá de las circunstancias individuales. Por su parte, la *consistencia externa* se refiere

... a la coherencia entre el relato del solicitante (expuesto en su entrevista personal y otras declaraciones) y la información de conocimiento general, otras pruebas, como testimonios presentados por familiares u otros testigos, pruebas documentales de carácter médico y documental sobre cuestiones relevantes para la solicitud, IPO⁴⁹ y cualquier otra prueba pertinente sobre el país.

El *nivel de detalle suficiente* como índice de valoración de la credibilidad del relato significa que es razonable esperar que el solicitante pueda restituir los hechos mas significativos de manera específica teniendo en cuenta siempre las circunstancias individuales del caso. Muchas veces la imposibilidad de reconstruir detalladamente un hecho o de hacerlo de manera muy distante constituyen mecanismos de defensa inconscientes que permiten proteger emocionalmente al solicitante de los traumas vividos.⁵⁰ Respecto de la *verosimilitud* del relato, el EASO afirma que el término *verosímil* tiene un alcance mucho más limitado que el de *credibilidad*, ya que un relato

⁴⁷ EASO, *Évaluation des éléments de preuve et de la crédibilité dans le contexte du régime d'asile européen commun*, Luxemburg, Office des Publications de l'Union Européenne, 2018, p. 90.

⁴⁸ European Court of Human Rights (GC), *Case of J.K. and Others v. Sweden. Application* núm. 59166/12, apartado 93.

⁴⁹ IPO significa "información sobre país de origen".

⁵⁰ Freedman, Jane, "Peur, honte, humiliation? Les émotions complexes des demandeurs d'asile et des réfugiés en Europe", *Revue Migrations Société*, Paris, vol. 2, núm. 168, 2017, pp. 23-34.

puede no ser creíble, a pesar de ser verosímil. El ACNUR considera que la verosimilitud se refiere a lo que parece razonable, posible o probable.

Otro elemento importante en el momento de valorar la credibilidad es lo establecido por el TJUE en su decisión de diciembre de 2014, respecto a la exigencia de no evaluar las declaraciones del solicitante únicamente sobre la base de las concepciones o preguntas estereotipadas acerca de la homosexualidad. Los estereotipos son representaciones mentales que simplifican la complejidad de los grupos o las personas a las que se les aplica. Preguntar a un solicitante si conoce las discotecas gays del país de acogida es presumir que todos los homosexuales acuden a dichos recintos, o considerar que una mujer no puede ser lesbiana porque esté casada y tiene hijos significa ignorar la imposibilidad de muchas mujeres de mantenerse solteras en sus sociedades de origen. Del mismo modo, representar la orientación sexual como una progresión lineal que va de la ausencia de autoestima a una aceptación liberadora que culmina necesariamente en la “salida del armario” del solicitante constituye una visión estereotipada, pues se refiere a contornos urbanos occidentales y no corresponde necesariamente con otros contextos culturales.

Es importante señalar que en el momento de evaluar las declaraciones y, en general, todas las pruebas del procedimiento de asilo es importante hacerlo a partir de un enfoque multidisciplinar en el que intervienen materias como la sociología, los estudios de género, la antropología cultural y los estudios post coloniales, pues de lo contrario se corre el riesgo de considerar, en el momento de evaluar las pruebas, que la diferencia entre la homosexualidad y la heterosexualidad es la misma en el país de acogida que en el país de origen. Varios estudios han alertado del riesgo de imponer conceptos occidentales a las realidades no occidentales,⁵¹ por ello es necesario que las autoridades competentes en materia de asilo sean formadas de tal modo que puedan comprender la complejidad de la sexualidad en contextos distintos de los que están habituadas a actuar.⁵² Muchas veces la dificultad que tienen los solicitantes en hablar de su sexualidad es considerada por el instructor del procedimiento como una ausencia de detalle o una in-

⁵¹ Awondo, Patrick *et al.*, “Une Afrique homophobe? Sur quelques trajectoires de politisation de l’homosexualité Cameroun, Ouganda, Sénégal et Afrique du Sud”, *Raisons Politiques*, París, núm. 49, 2013, pp. 95-118.

⁵² Borrillo, Daniel, “Droit d’asile des minorités sexuelles: gare à l’ethnocentrisme”, *Le Monde*, 4 de marzo de 2018, p. 16.

coherencia en el relato, sin entender que muchas culturas simplemente no verbalizan la sexualidad como lo hace la nuestra o no le han puesto palabras a determinadas cuestiones sexuales, como hemos hecho en Occidente.⁵³ Del mismo modo, como lo ha demostrado J. Díaz Lafuente, en los países árabes la homosexualidad refleja relaciones de poder en las que se establece una diferenciación jerárquica entre el papel sexual activo y el pasivo, asociados respectivamente al varón y a la mujer. En ese sentido, la situación de un hombre adulto que mantiene una relación sexual con uno más joven no implica una aceptación social de “relaciones afectivas duraderas y estables entre personas del mismo sexo”.⁵⁴

IX. CONCLUSIÓN

En los procesos de concesión de asilo por razones de orientación sexual e identidad de género, el razonamiento probatorio del juez le lleva a decidir en función de su íntima convicción con base en varios indicios y partiendo del análisis de las diferentes informaciones e indicaciones de las que dispone. Ahora bien, el que la valoración y evaluación de las pruebas en estos procesos estén sujetas al principio de la libre apreciación no significa, como lo hemos intentado demostrar, que no existan límites. Aunque resulte utópico, y hasta peligroso, establecer criterios objetivos que dirijan la íntima convicción de quien decide el asilo, es necesario prevenir la arbitrariedad.

La orientación sexual como riesgo de persecución y, por tanto, causa para la obtención de asilo, lleva aparejada la dificultad de su credibilidad, la cual depende, en gran medida, de las pruebas aportadas y de las declaraciones del solicitante. Dificultad que, en parte, se explica por la inexistencia de disposiciones en el ámbito de la UE que prevean el modo de evaluación en estos casos. Es, por tanto, cada Estado miembro el que determina la regulación de las modalidades procesales del caso en la práctica.

⁵³ Dayan-Herzbrun, Sonia y Tassadit, Yacine (coords.), *Tumultes. Dire les homosexualités d'une rive à l'autre de la Méditerranée*, París, Kimé, 2013.

⁵⁴ Díaz Lafuente, J., *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español*, tesis doctoral, Valencia, Universidad de Valencia, pp. 76 y 77.

Ante esta situación, la EASO propone determinados criterios de evaluación, entre los que pueden citarse la consistencia interna del relato, su consistencia externa, el grado de detalle y su verosimilitud. En este orden de ideas, el TJUE, como intérprete del derecho de la UE, también ha establecido, a través de su jurisprudencia, una serie de principios-guía que deben seguir las autoridades competentes, como el respeto a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en los procesos de apreciación de las pruebas o la prohibición de investigaciones corporales (test falométrico u otros), así como de test psicológicos de personalidad (*Szondi*, *Rorschach*...), que sean invasivos de la dignidad de los solicitantes y de su intimidad.

En definitiva, con el presente artículo hemos intentado, modestamente, presentar de manera sistemática algunos elementos procesales necesarios para evitar que la convicción íntima de quien decide el futuro de una persona que solicita el asilo por motivo de orientación sexual o identidad de género se funde únicamente en una apreciación subjetiva, sino más bien, que pueda construirse en función de los elementos o criterios objetivos propuestos por las diferentes instituciones europeas.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, Directrices sobre protección internacional. La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (HCR/GIP/02/0), Ginebra, ACNUR, 7 de mayo de 2002.
- ACNUR, Directrices sobre protección internacional núm. 9, Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, Ginebra, ACNUR, 2012.
- ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, ACNUR, reedición de diciembre de 2011.

- ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, trad. de Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas, Ginebra, ACNUR, noviembre de 2008.
- ACNUR, *Nota sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo*, Ginebra, ACNUR, 16 de diciembre de 1998.
- ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, Ginebra, ACNUR, diciembre de 2015.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Mapping Anti-Gay Laws in Africa*, Londres, Amnesty International UK, 31 de mayo de 2018.
- AWONDO, Patrick *et al.*, “Une Afrique homophobe? Sur quelques trajectoires de politisation de l’homosexualité Cameroun, Ouganda, Sénégal et Afrique du Sud”, *Raisons Politiques*, París, núm. 49, 2013.
- BORRILLO, Daniel, “Droit d’asile des minorités sexuelles: gare à l’ethnocentrisme”, *Le Monde*, 4 de marzo de 2018.
- CHEMIN, Anne, “L’asile, un naufrage européen”, *Europe Solidaire Sans Frontières*, París, octubre de 2015.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Naciones Unidas, 19 de abril de 2017, 35o. periodo de sesiones.
- DAYAN-HERZBRUN, Sonia y TASSADIT, Yacine (coords.), *Tumultes. Dire les homosexualités d’une rive à l’autre de la Méditerranée*, París, Kimé, 2013.
- DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2016.
- DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 89, enero-abril de 2014.
- DUNNE, Peter, “A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: Fairer Assessment Procedures for Gay and Lesbian Asylum Applicants in the EU”, *European Law Review*, Londres, vol. 21, núm. 3, 2015.
- EASO, *Évaluation des éléments de preuve et de la crédibilité dans le contexte du régime d’asile européen commun*, Luxemburg, Office des Publications de l’Union Européenne, 2018.

- FERNÁNDEZ DÁVILA, Percy y ÁVILA, Daniel, “Indicadores de homosexualidad en el dibujo de la figura humana: comparación entre homosexuales y heterosexuales”, *Revista de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, vol. 21, núm. 2, 2003.
- FRA, *Manual de derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014.
- FREEDMAN, Jane, “Peur, honte, humiliation? Les émotions complexes des demandeurs d’asile et des réfugiés en Europe”, *Revue Migrations Société*, París, vol. 2, núm. 168, 2017.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Madrid, Dykinson, 1996.
- GRAHL-MADSEN, Atle, “The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law”, *Journal of Peace Research*, Leyden, vol. 3, núm. 3, 1966.
- LÉVY-BRUHL, Henri, “Réflexions sur la preuve judiciaire”, *Journal de Psychologie Normale et Pathologique*, París, vol. XLV, 1951.
- ROMBOLI, Roberto, “La homosexualidad como elemento de discriminación: principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas”, en CUESTA LÓPEZ, Víctor y SANTANA VEGA, Dulce M. (coords.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica de la ULPGC-Aranzadi, 2014.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y PÉREZ-MONEO, Miguel Agapito, *El derecho de asilo en la jurisprudencia (julio 2005-junio 2006)*, Barcelona, CIBOD, 2006.
- TISSIER-RAFFIN, Marion, “L’orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité”, *La Revue des Droits de L’homme*, París, núm. 28, enero de 2015.
- TURNER HAMILTON, Cuthbert, *Ecclesiae occidentalis monumenta antiquissima. Canonum et conciliorum graecorum interpretationes latinae*, Exeter, Forgotten Books, 2018.
- UNHCR, UNHCR’s Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation, New York, UNHCR, abril de 2011.

Comentarios a los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas del Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas*

*Comments on the Guiding Principles for the Search
for Disappeared Persons of the United Nations
Committee on Enforced Disappearances*

*Commentaires sur les Principes Directeurs
de la Recherche de Personnes Disparues du Comité
des Nations Unies contre les Disparitions Forcées*

Pietro Sferrazza Taibi**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Modelo judicial y modelo administrativo: un paralelo*. III. *Análisis crítico de los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas*. IV. *Conclusiones*. V. *Agradecimientos*. VI. *Bibliografía*.

* Este artículo fue auspiciado por el Proyecto Jorge Millas 2018, DI 34-18-JM, UNAB, y Proyecto Conicyt, Fondecyt de Iniciación núm. 11180047, Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (Chile).

** Universidad Andrés Bello, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1133-9221>, pietrosferrazza@gmail.com.

Artículo recibido el 8 de mayo de 2019

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 773-796
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: La búsqueda de las personas desaparecidas es un problema ético y jurídico que ha captado la atención de importantes órganos internacionales. En este contexto, el Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas aprobó en 2019 los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas. Si bien se trata de un conjunto de buenas prácticas sistematizadas en un instrumento de *soft law*, encarnan una hoja de ruta para todo Estado que implemente una política pública de búsqueda. Por tanto, la finalidad de este trabajo consiste en analizar críticamente las principales aportaciones de estos Principios.

Palabras clave: desaparición forzada, búsqueda de personas desaparecidas, Comité contra las Desapariciones Forzadas

ABSTRACT: The search for missing persons is an ethical and legal problem that has captured the attention of important international bodies. In this context, the United Nations Committee against Enforced Disappearances approved in 2019 the Guiding Principles for the Search for Missing Persons. Although this is a set of good practices systematized in a soft law instrument, they represent a road map for every State that implements a public search policy for missing persons. Therefore, this paper will critically analyze the main contributions of this Principles.

Key words: enforced disappearance, search for disappeared persons, Committee on Enforced Disappearances.

RÉSUMÉ: La recherche de personnes disparues est un problème éthique et juridique qui a attiré l'attention des principaux organismes internationaux. Dans ce contexte, le Comité des Nations Unies contre les Disparitions Forcées a approuvé les Principes Directeurs pour la Recherche de Personnes Disparues en 2019. Bien qu'il s'agit d'un ensemble de bonnes pratiques systématisées dans un instrument de *soft law*, elles incarnent une feuille de route pour chaque État mettant en œuvre une politique de recherche publique. Par conséquent, le but de ce travail est d'analyser de façon critique les principales contributions des Principes.

Mots-clés: disparition forcée, recherche de personnes disparues, Comité contre les Disparitions Forcées.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los problemas éticos y jurídicos que surgen a raíz de la comisión del delito de desaparición forzada, uno de los más apremiantes consiste en encontrar a las personas desaparecidas con vida, o su caso, recuperar, identificar y restituir sus restos humanos a los familiares. Antes de describir en detalle este problema, cabe aclarar que en el panorama actual sobre la codificación internacional de la desaparición forzada, todos los instrumentos internacionales dedicados específicamente a su regulación contienen una definición.¹ En términos generales, existe consenso sobre la identificación de tres elementos definitorios: a) la privación de la libertad; b) la denegación de información sobre la suerte y paradero de la persona desaparecida, c) y la estatalidad del sujeto activo, esto es, del autor que comete este delito. Además, se ha estimado que la sustracción a la protección de la ley, expresión a la que aluden las definiciones internacionales y que consiste en la desprotección jurídica que afecta a la persona desaparecida, no es un elemento definitorio, sino una consecuencia que se produce a raíz de la configuración de los elementos anteriores.²

Pues bien, desde hace algunos años el problema de la búsqueda de las personas desaparecidas ha captado el interés de Estados y organizaciones internacionales, generándose una prolífica discusión sobre la necesidad de elaborar estándares regulatorios sobre esta importante actividad, especialmente en el marco de contextos transicionales. En términos generales, la justicia transicional se refiere al conjunto de mecanismos que adoptan los Estados para abordar las violaciones a los derechos humanos que acontecen de manera sistemática o a gran escala en el marco de conflictos armados o

¹ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por resolución N° 47/133 de la Asamblea General de la ONU, el 18 de diciembre de 1992, preámbulo, párrafo 3; Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV- O/94), resolución de 9 de junio de 1994; Asamblea General de la OEA, artículo II, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en Nueva York, 20 de diciembre de 2006, UNTS, vol. 2716, p. 3, artículo 2; Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998, UNTS, vol. 2187, p. 3, art. 7.1.i).

² Sferrazza Taibi, Pietro, “La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional”, *Ius et Praxis*, Chile, año 25, núm. 1, 2019, p. 136.

contextos de gobiernos autoritarios.³ En dichos contextos, la búsqueda de las personas desaparecidas debe ser una política pública estatal; sin embargo, a nivel nacional se discute si debe tratarse de una actividad inherente a la investigación judicial o si debe implementarse mediante un modelo administrativo o humanitario. Por tanto, se trata de una política que puede generar una tensión entre las diversas necesidades de las víctimas.

Esta contribución tiene por objeto analizar una de las estrategias adoptadas por el Comité contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, CED) de las Naciones Unidas para enfrentar el problema de la búsqueda, específicamente la elaboración de los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas (en adelante, Principios).⁴ La aprobación de este conjunto de buenas prácticas y su plasmación en un instrumento internacional de *soft law* representa un hito histórico en la evolución de la reflexión interdisciplinaria sobre el fenómeno de la desaparición forzada, además de constituir una guía de indispensable consulta para todo Estado que pretenda tomarse en serio la implementación de una política pública de búsqueda. El presente trabajo explicará las principales aportaciones y novedades de este instrumento. En la primera parte, se reflexionará sobre los modelos o paradigmas de búsqueda, centrándose la mirada en las dificultades que enfrenta un modelo puramente judicial. La segunda parte analizará críticamente los estándares consagrados en los Principios.

II. MODELO JUDICIAL Y MODELO ADMINISTRATIVO: UN PARALELO

Esta sección tiene por objeto delinear y diferenciar los modelos judicial y administrativo a partir de su finalidad. Luego, se plantearán algunas críticas al modelo judicial en lo que se refiere a la búsqueda de las personas desaparecidas.

³ International Center for Transitional Justice, “What is Transitional Justice?”, s/f. Disponible en: <https://www.ictj.org/about/transitional-justice>.

⁴ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas*, México, ONU-DH México, 2019. Para la discusión que ha precedido su aprobación y que contó con la participación de entidades académicas y de la sociedad civil, véase la página web del CED: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/SearchDisappearedPersons.asp>.

1. *La diversidad de fines en cada modelo de búsqueda*

La finalidad del modelo judicial consiste en determinar si el imputado es responsable por su participación en el delito de desaparición forzada, de modo que la búsqueda de la persona desaparecida se torna un fin accesorio a la determinación de la responsabilidad penal y dependerá del tipo de diligencias investigativas que se realicen en cada juicio.⁵

Por su parte, la finalidad del modelo administrativo es la búsqueda de la persona desaparecida con vida, o en su defecto, el hallazgo, exhumación, identificación y restitución de sus restos.⁶ El modelo administrativo también suele ser denominado “modelo humanitario”; sin embargo, se ha criticado la asignación de este sello porque la persecución de la justicia como respuesta a violaciones graves de derechos humanos también cumple una finalidad calificable de “humanitaria”.⁷ Con independencia de esta discusión, cada modelo atiende necesidades distintas: mientras el modelo judicial persigue justicia, el administrativo se centra en la reparación de las víctimas mediante el hallazgo de la persona desaparecida.

En este orden de ideas, Reátegui y Barrantes afirman que:

...[l]a imposibilidad de hacer duelo por la pérdida de un ser querido, la situación de indefinición jurídica que afecta a los familiares, la sensación de ultraje e incluso de profanación que estos sienten al no tener noticia de los restos de sus parientes, todo ello configura una situación de injusticia que profundiza el dolor de la pérdida en sí misma. Atender a esa realidad aparece, así, como un deber de toda política de justicia sobre desapariciones.⁸

⁵ Lassée, Isabelle, “Criminal” and “Humanitarian” Approaches to Investigations into the Fate of Missing Persons: A False Dichotomy, South Asian Centre for Legal Studies, 2016, p. 2.

⁶ Rosenblatt, Adam, *Digging for the Disappeared. Forensic Science after Atrocity*, Stanford, Stanford University Press, 2015, p. 181.

⁷ Rosenblatt, Adam, “The Danger of a Single Story about Forensic Humanitarianism”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Países Bajos, vol. 61, 2019, pp. 75-77.

⁸ Reátegui, Félix (coord.), *Desaparición forzada y derechos de las víctimas. La respuesta humanitaria a las demandas de verdad, justicia y reparación en el Perú*, Lima, IDEHPUCP-Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 10.

Por tanto, el modelo administrativo se enfoca en las necesidades de las víctimas en atención al sufrimiento generado por la incertidumbre ante la denegación de información sobre la persona desaparecida.⁹ Sin embargo, debe subrayarse que la implementación de un mecanismo administrativo de búsqueda no puede reemplazar los juicios sobre desapariciones, sino sólo complementarlos,¹⁰ ya que de lo contrario se generaría una hipótesis de impunidad contraria al cumplimiento de los deberes internacionales de investigación y sanción.

A continuación, se identificarán los principales nudos críticos del modelo judicial para reflexionar si un modelo de este tipo tiene la capacidad para satisfacer las finalidades inherentes a la búsqueda sin un complemento humanitario.¹¹

2. *La búsqueda como un fin esencial del modelo humanitario*

La primera dificultad del modelo judicial consiste en concebir la búsqueda de la persona desaparecida como una finalidad accesoria o secundaria del proceso penal. En efecto, el modelo judicial pretende determinar si los imputados son responsables por los delitos que se le atribuyen,¹² y en ese orden de ideas es el más adecuado para satisfacer una de las finalidades esenciales de la justicia transicional: la consecución de la justicia mediante la lucha contra la impunidad y la declaración de la responsabilidad penal de los perpetradores.¹³

⁹ Congreso de la República del Perú, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el Período de Violencia 1980-2000. Ley 30470, 22 de junio de 2016, artículo 1o.

¹⁰ Lassée, Isabelle, *op. cit.*, p. 2. Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el Período de Violencia 1980-2000. Ley 30470, artículo 1.

¹¹ Sobre la eficacia imperfecta del modelo judicial, considerando su funcionamiento en atención a cada contexto transicional, véase Nesiha, Vasuki, "Overcoming Tensions between Family and Judicial Procedures", *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 84, núm. 848, 2002, pp. 823 y 824.

¹² A propósito del juicio de Adolf Eichmann, insistía sobre esta idea Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, trad. de Carlos Ribalta, Santiago de Chile, Debolsillo, 2014, pp. 16 y 17.

¹³ Nesiha, Vasuki, *op. cit.*, pp. 825 y 826.

Sin embargo, la búsqueda de los restos de las personas desaparecidas suele ser un objetivo accesorio en un proceso penal que sólo se persigue si permite la aportación de pruebas sobre la responsabilidad del imputado. Este problema se produce porque la responsabilidad penal de un imputado puede acreditarse mediante pruebas distintas al hallazgo e identificación de los restos humanos de la persona desaparecida. Por tanto, en la gran mayoría de los procesos judiciales sobre desapariciones forzadas, la búsqueda de la víctima dependerá de la naturaleza del delito imputado y del tipo de diligencias investigativas que se realicen.¹⁴

Los procesos judiciales que concluyen con una condena del imputado sin el hallazgo de los restos de la persona desaparecida producen una paradoja, ya que la desaparición forzada continúa existiendo en la medida en que no se recuperen los restos de la víctima o no se reconstruya de manera fidedigna su destino.¹⁵ Lo anterior es especialmente preocupante si se considera que para muchas víctimas la única manera de cerrar el proceso de duelo es mediante la identificación y entrega de los restos de su ser querido.¹⁶

3. *La investigación del contexto de los crímenes de masa*

Otro problema que presenta el modelo judicial consiste en su focalización a casos individuales, ya que generalmente cada proceso penal tiene

¹⁴ Cfr. Lassée, Isabelle, *op. cit.*, p. 2; agregando a p. 4 que la recuperación e identificación de los restos de una persona desaparecida aisladamente consideradas, no siempre serán suficientes para identificar los perpetradores si no se complementan con otros medios probatorios necesarios para acreditar su responsabilidad; Nesiah, Vasuki, *op. cit.*, p. 825; Pearlman, Adam R., “Digging for Truth, Justice, or the Humanitarian Way: Priorities in Post-Genocide Transitional Justice and Exhumations of Mass Graves”, *SSRN*, Países Bajos, 2008, pp. 1 y 8. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1322155>; Rauschenbach, Mina y Scalia, Damien, “Victims and International Criminal Justice: a Vexed Question?”, *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 90, núm. 870, 2008, p. 449, para quienes la finalidad principal del proceso judicial no es hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas, sino castigar a los responsables por el quebrantamiento del Derecho.

¹⁵ Collins, Cath, *Respuestas estatales a la desaparición forzada en Chile: aspectos forenses, policiales y jurídicos*, Santiago de Chile, Observatorio de Justicia Transicional UDP, 2016, pp. 7 y 8.

¹⁶ Pearlman, Adam R., *op. cit.*, p. 1.

por objeto determinar si imputados individuales pueden ser calificados como autores de crímenes determinados en perjuicio de víctimas específicas, todo lo anterior, considerándose los hechos relacionados con episodios concretos y acreditados mediante las pruebas rendidas en un proceso individual.¹⁷

En consecuencia, en las hipótesis de crímenes de masa cometidos en el marco de conflictos armados o gobiernos autoritarios, un modelo judicial no concebido para hacerse cargo de esas categorías de delitos, puede terminar por desatender el elemento contextual que caracteriza los crímenes de lesa humanidad y de guerra.¹⁸ De hecho, la institucionalidad procesal penal del derecho interno, ideada para la persecución de delitos comunes cometidos por autores individuales, no suele ser adecuada para investigar crímenes de masa. Estas debilidades del modelo judicial pueden generar una multiplicación de los procesos y una dispersión de los esfuerzos investigativos.

Sin embargo, la focalización del proceso penal en los elementos contextuales de los crímenes tampoco soluciona automáticamente el problema de la búsqueda de las personas desaparecidas. Si una investigación se concentra únicamente en tales elementos sin abordar la situación individual de cada víctima, puede generarse una desatención a las necesidades de los familiares y a la importancia que puede tener para ellos la búsqueda de sus seres queridos.¹⁹

¹⁷ Lassée, Isabelle, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ Dorado Porras, Javier, “Justicia transicional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 8, marzo-agosto de 2015, pp. 196 y 197; Nesiiah, Vasuki, *op. cit.*, pp. 826 y 827. Desde una perspectiva política, véase Koskeniemi, Martti, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Países Bajos, vol. 6, núm. 1, enero de 2002, pp. 13-19, criticando que los juicios no sean capaces de abordar el contexto general de comisión de los crímenes, lo que distorsiona la atribución de la responsabilidad, la que debería recaer en diferentes actores y no únicamente en personas individuales. Por su parte, Accatino, Daniela y Collins, Cath, “Truth, Evidence, Truth: The Deployment of Testimony, Archives and Technical Data in Domestic Human Rights Trials”, *Journal of Human Rights Practice*, Reino Unido, vol. 8, núm. 1, febrero de 2016, p. 86, argumentan que los juicios sólo tienen la capacidad de reconstruir “micro verdades”.

¹⁹ Stover, Eric y Shigekane, Rachel, “Exhumation of Mass Graves: Balancing Legal and Humanitarian Needs”, en Stover, Eric y Weinstein, Harvey M. (eds.), *My Neighbor, my Enemy. Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 85 y 86.

Por otra parte, las estrategias de priorización de las investigaciones judiciales contra los perpetradores con un mayor grado de reprochabilidad en atención a la gravedad de los crímenes cometidos, su grado de participación y el papel de mando que desempeñaban, es otro problema del funcionamiento del modelo judicial en contextos transicionales que podría tener repercusiones negativas para la búsqueda de las personas desaparecidas.²⁰ Si bien mediante este tipo de estrategias se pretende conseguir un efecto social simbólico, es probable que la circunscripción de la investigación a un puñado de autores produzca un relato incompleto de la verdad.²¹ Es cierto que en un contexto transicional la capacidad institucional puede ser precaria para asegurar la tramitación eficiente de una cantidad considerable de juicios, incluyendo a los perpetradores de inferior grado.²² En tal sentido, priorizar la investigación sobre los autores más protagónicos puede ser una política judicial inevitable en un contexto particular. Sin embargo, en esas situaciones la dimensión humanitaria de la búsqueda resultará insatisfecha si no se emprende un esfuerzo por recuperar los restos o reconstruir el destino de una cantidad significativa de víctimas.

Para ejemplificar estas tensiones, puede aludirse a las críticas planteadas contra las investigaciones forenses encargadas, en algunos juicios tramitados ante tribunales penales internacionales *ad hoc*, en que el interés de la Fiscalía se centraba en recopilar las pruebas de los elementos contextuales relacionados con el origen étnico de las víctimas y el *modus operandi* de los crímenes, lo que tornaba innecesaria la exhumación e identificación de todas las víctimas. Este ejemplo es paradigmático para dar cuenta de las tensiones que surgen entre la exigencia netamente jurídica de acreditar los elementos contextuales de crímenes de masa para la prueba de la responsabilidad penal individual de los perpetradores, así

²⁰ Sobre los problemas inherentes a las estrategias de priorización, véase ., “The Danger of Selective Justice: All Cases Involving Crimes under International Law Should be Investigated and the Suspects, when there is Sufficient Admissible Evidence, Prosecuted”, en Bergsmo, Morten (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2a. ed., Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, pp. 171-181.

²¹ Koskenniemi, Martti, *op. cit.*, p. 10.

²² Idem. Utilizando el ejemplo de los nazis, ya que en 1946, en las zonas ocupadas por Reino Unido y Estados Unidos, había unos 100,000 sospechosos de haber cometido crímenes de guerra, un número mucho mayor a la cantidad de procesados en la posguerra.

como de las necesidades de los familiares sobre la identificación y restitución de los restos.²³

4. *Recopilación de información y estándar probatorio*

A través de las sentencias, el modelo judicial produce una forma de verdad que puede denominarse “verdad forense o judicial”. En principio, se trata de una verdad dotada de una cierta objetividad, por ser fruto de un procedimiento en que las partes han podido rendir y contrastar los medios de prueba, retroalimentando la tarea del juez de valorarlas de acuerdo a parámetros normados por el ordenamiento jurídico.²⁴ Sin embargo, también es cierto que la verdad forense es una verdad parcial, ya que la aplicación de las normas jurídicas sobre la admisibilidad y valoración de la prueba puede implicar el descarte de ciertos medios probatorios impertinentes, inadecuados o derechamente ilícitos, pese a que pueden ser valiosos para la reconstrucción de la verdad.²⁵ La implementación de un modelo administrativo podría matizar estos problemas, dado que la recopilación de la información se realiza con mayor flexibilidad y sin la sujeción a las ritualidades de las normas procesales. Por lo demás, pueden implementarse mecanismos de retroalimentación de información entre los órganos judiciales y los administrativos.²⁶

²³ Para los casos en que se produjeron estas tensiones, véase Stover, Eric y Shigekane, Rachel, *op. cit.*, pp. 89-95, refiriéndose a la masacre de Kibuye en Ruanda; al genocidio de Srebrenica; a la masacre de Ovcara en el conflicto de los Balcanes y al contexto de Kosovo. Cfr. Pearlman, Adam R., *op. cit.*, p. 8.

²⁴ Cfr. Dorado Porras, Javier, “Justicia transicional, persecución penal y amnistías”, *Derechos y Libertades*, España, época II, núm. 28, enero de 2013, p. 93; Nesiah, Vasuki, *op. cit.*, p. 824.

²⁵ Accatino, Daniela y Collins, Cath, *op. cit.*, pp. 82 y 86, para quienes la verdad forense es una de las tantas formas de verdad que se producen en un contexto transicional, pero no la única.

²⁶ Wijenayake, Vishakha, “The Office on Missing Persons in Sri Lanka: The Importance of a Primarily Humanitarian Mandate”, *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 99, núm. 905, 2017, p. 657, criticando el modelo de Sri Lanka, por prohibir usar como prueba la información recopilada por el órgano de búsqueda.

5. Acceso de las víctimas

En cuanto al acceso de las víctimas, puede ocurrir que el inicio de un proceso penal dependa de la decisión del órgano investigador o de la presentación de una denuncia o demanda.²⁷ En esta última hipótesis, los factores que desincentivan a los familiares a presentar una acción judicial pueden ser de diversa naturaleza, como el temor a sufrir represalias, la desconfianza hacia el sistema judicial o la evitación de revictimización que puede generarse por la poca sensibilidad de la ritualidad de los juicios hacia el sufrimiento de las víctimas. Por ende, nada puede asegurar que el modelo judicial se haga cargo de todo el universo de víctimas. En cambio, el modelo administrativo debería preocuparse de la búsqueda de todas las personas calificadas, oficialmente, como desaparecidas, con independencia de las solicitudes de los familiares. Además, podría ser más amigable para que los familiares tengan una mayor disposición a la entrega de información.

6. La satisfacción del derecho a la verdad

En un contexto transicional, existen dos estrategias principales para la satisfacción del derecho a la verdad. La primera consiste en la elaboración de una verdad forense antes referida, que surge de los procesos judiciales.²⁸ Sin embargo, a las debilidades de este modelo a las que se hizo referencia, se suma el hecho de que no todas las víctimas acceden a la justicia, lo que acota la verdad forense sólo al universo de víctimas respecto de las que exista un proceso. La segunda estrategia consiste en la implementación de *comisiones de la verdad*, las que suelen dedicarse de manera exclusiva a la reconstrucción de la verdad.²⁹ Sin embargo, si bien el mandato de estas comisiones les permite recopilar información, generalmente no las faculta para buscar a las personas desaparecidas.

²⁷ Nesiah, Vasuki, *op. cit.*, p. 825.

²⁸ Dorado Porras, Javier, “Justicia transicional, persecución...”, *cit.*, p. 93.

²⁹ Sobre las comisiones de la verdad, imprescindible ver Hayner, Priscilla, *Unspeakable Truth. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2a. ed., Nueva York-Londres, Routledge, 2011, pp. 19-26.

Por ende, la implementación de un órgano humanitario de búsqueda que ejerza amplias facultades sobre el universo total de víctimas podría contribuir positivamente a la satisfacción del derecho a la verdad, complementando las dos estrategias anteriores, porque es indiscutible que la recuperación e identificación de los restos constituyen hitos de inestimable relevancia para dar satisfacción a este derecho.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA LA BÚSQUEDA DE PERSONAS DESAPARECIDAS

Habiéndose identificado las principales diferencias entre el modelo administrativo y el judicial, este apartado comentará críticamente las principales novedades que presentan los Principios. Se comenzará explicando por qué el Comité contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas (CED) ha optado por defender un modelo complementario de búsqueda. Luego de ello, se explicará de qué manera los Principios concretan el deber internacional de búsqueda, y asumen una perspectiva de víctimas. También se hará referencia a las atribuciones sugeridas para la autoridad encargada de la búsqueda y a los estándares sobre un plan nacional de búsqueda. Finalmente, se hará remisión a las recomendaciones sobre exhumación, identificación y entrega de restos.

PIETRO SFERRAZZA TAIBI

1. *La apuesta por un modelo complementario*

Hay que subrayar que los Principios apuestan por la promoción de un modelo complementario.³⁰ Así, en ningún caso sugieren que el modelo judicial sea reemplazado por uno administrativo. A mi juicio, un modelo exclusivamente administrativo tensionaría el cumplimiento de los deberes internacionales de investigar y sancionar a los autores de las desapariciones. Por ello, los Principios proponen un modelo híbrido o dual, con una faceta judicial dedicada a la persecución de la justicia, y otra administrativa avocada a la búsqueda.

³⁰ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 13 “La búsqueda de la persona desaparecida y la investigación penal de los responsables de la desaparición deben reforzarse mutuamente”, además de los principios 3.1, 7.5, 11.7.b.

2. La concreción del deber internacional de búsqueda

Sin perjuicio de que los Principios sean un instrumento de *soft law*, su preámbulo se encarga de subrayar que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada impone el deber internacional de buscar y localizar a las personas desaparecidas.³¹ Por tanto, en dicho documento se despliegan un conjunto de directrices que tienen por objeto concretar el contenido de este deber, lo que constituye una gran novedad dado que la jurisprudencia internacional y la doctrina no habían reflexionado sistemáticamente sobre la obligatoriedad y el contenido de la búsqueda como obligación internacional.³²

Pues bien, el CED se encarga de dejar en claro que los Estados deben implementar una política pública de búsqueda de personas desaparecidas que cuente con una consagración normativa en normas legales o administrativas.³³

Uno de los puntos más interesantes sobre el deber internacional de búsqueda está relacionado con la vigencia temporal de esta obligación, cuestión íntimamente vinculada con la naturaleza de hecho ilícito permanente de la desaparición forzada.³⁴ Así, se prescribe que la búsqueda debe realizarse asumiéndose como punto de partida la presunción de que la persona desaparecida está viva.³⁵ Además, se señala que debe conti-

³¹ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, preámbulo, párr. 2. *Cfr.* Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, vol. 2716, p. 3, artículo 24.3.

³² Para un estudio sobre la práctica y jurisprudencia internacional sobre este deber, véase Dulitzky, Ariel y Anayanssi Orizaga, Isabel, *¿Dónde están? Estándares internacionales para la búsqueda de personas desaparecidas forzosamente*, Londres, International Bar Association, 2019, pp. 13-37.

³³ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 3.4 y 12.2.

³⁴ Para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este punto, véase Sferrazza Taibi, Pietro, “La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 31, núm. 1, 2018, pp. 185-207.

³⁵ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, preámbulo, párr. 3, y principio 1.

nuar “hasta que se determine con certeza la suerte y/o el paradero de la persona desaparecida”.³⁶ En relación con este punto, uno de los dilemas más complejos en una política de búsqueda consiste en fijar los criterios que deben establecerse para reconstruir un relato sobre el destino de las personas desaparecidas si se comprueba la imposibilidad de recuperar sus restos. Los Principios contienen un buen estándar al respecto, distinguiendo cuatro situaciones.

De acuerdo con el primer supuesto, si la persona desaparecida es hallada con vida, “la búsqueda solo puede considerarse terminada cuando la persona se encuentre nuevamente bajo la protección de la ley”.³⁷

Conforme a un segundo supuesto, “Si la persona desaparecida es encontrada sin vida, la búsqueda se puede considerar terminada cuando la persona haya sido plenamente identificada conforme a los estándares internacionales y recibida en condiciones de dignidad por sus familiares o allegados”.³⁸

El tercer supuesto se plantea cuando la identificación de los restos es parcial, en cuyo caso “la decisión sobre continuar la búsqueda para ubicar e identificar los restos faltantes debe considerar las posibilidades reales de identificar más restos y las necesidades expresadas por los familiares, en el marco de sus normas culturales funerarias”, especificándose que “la decisión de continuar la búsqueda debe... contar con el consentimiento previo e informado de los familiares”.³⁹

Finalmente, la situación más problemática es aquella en que no se encuentra a la persona desaparecida, pero existen “pruebas fehacientes, más allá de una duda razonable, de su suerte o su paradero”. En ese caso:

...la búsqueda podría suspenderse cuando no exista posibilidad material de recuperar a la persona, una vez agotado el análisis de toda la información alcanzable y la investigación de todas las hipótesis posibles. Esta decisión debe tomarse de manera transparente y contar con el consentimiento previo e informado de los familiares o allegados de la persona desaparecida.⁴⁰

³⁶ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 7.1.

³⁷ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 7.2.

³⁸ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 7.3.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 7.4.

Respecto de este último supuesto, el estándar no recomienda al Estado reconstruir un relato sobre la persona desaparecida, pese a que el deber internacional de revelar la verdad lo obliga a ello.⁴¹

Estos estándares son muy relevantes, porque otorgan una mayor claridad para la identificación del momento en que se produce la cesación de la desaparición, considerando que se trata de un ilícito permanente.

3. *Un modelo de búsqueda centrado en las víctimas*

La política pública de búsqueda de personas desaparecidas debe estar centrada en las víctimas, siendo éste un principio que debe inspirar la interpretación del resto de los Principios. Los familiares tienen el derecho a la participación activa e informada en todas las acciones relacionadas con la búsqueda, a obtener información sobre tales acciones, y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta durante su realización.⁴² Además, tanto los familiares como los testigos que concurren ante la autoridad encargada de la búsqueda, deben beneficiarse de medidas adecuadas de protección.⁴³

Los familiares deben contar con acompañamiento psicosocial durante todo el proceso de búsqueda. Evidentemente, ellos experimentan un inmenso sufrimiento debido a la ausencia de sus seres queridos y la desesperación que genera no poder encontrarlos. Las acciones de búsqueda pueden reavivar esos sentimientos, siendo indispensable que durante su ejecución se evite la revictimización de los familiares y se les brinde protección y apo-

⁴¹ Navarro, Susana *et al.*, *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales*, Guatemala, I Congreso Mundial de Trabajo Psicosocial en Desaparición Forzada, Procesos de Búsqueda, Exhumación, Justicia y Verdad, Antigua, 2010, p. 40. Cfr. *Plan nacional para la búsqueda de personas desaparecidas (1980–2000)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, 2017. Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/01/Plan_busqueda_personas_desaparecidas.pdf, estableciendo que “cuando se han agotado las medidas necesarias, razonables y eficaces para encontrar a la persona desaparecida [se debe] conocer lo que sucedió”.

⁴² Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, preámbulo, párr. 4, y principios 3.5, 5 y 8.

⁴³ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 13.1.

yo por parte de profesionales especializados.⁴⁴ Sin embargo, los Principios deberían señalar que el acompañamiento psicosocial debe realizarse incluso con posterioridad a la identificación y entrega de restos.

4. El órgano de búsqueda

En un modelo administrativo debe existir un órgano con la competencia para la coordinación y realización de las actividades de búsqueda. A mi juicio, la situación ideal es que este órgano tenga un mandato, única y específicamente, relacionado con la búsqueda, pero los Principios sólo exigen que se centralice en un órgano y sea coordinada por éste.⁴⁵ Además, recomiendan que la autoridad encargada de la búsqueda cuente con una estructura administrativa, recursos materiales suficientes, personal competente y presupuesto adecuado, todo lo anterior, para garantizar que la búsqueda se realice eficazmente.⁴⁶ También exigen que el órgano de búsqueda sea autónomo, independiente e imparcial, incluso prohibiendo que esté jerárquicamente subordinado a una institución involucrada en la comisión de desapariciones, y exigiendo que cualquier funcionario de dicha entidad sea separado de sus funciones si se sospecha que ha participado en una desaparición.⁴⁷

Además, los Principios recomiendan que la autoridad de búsqueda tenga atribuciones amplias, entre estas, la facultad de acceso a los lugares que sean necesarios, especialmente si en ellos podría encontrarse personas desaparecidas, incluyendo instalaciones militares y/o policiales.⁴⁸ Asimismo, se recomienda que tenga la facultad de acceder a toda fuente de información útil para localizar a personas desaparecidas, incluyendo documentos de seguridad nacional.⁴⁹ Es llamativa la audacia de estas recomendaciones porque es posible que los Estados que pretendan implementarlas deban adaptar

⁴⁴ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 3.6, 5.2, 14.1 y 14.3.

⁴⁵ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 12.1.

⁴⁶ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 3.4, y 10.2.

⁴⁷ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 10.

⁴⁸ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 10.3.

⁴⁹ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 10.4.

su ordenamiento interno, ya que estas facultades pudieran estar radicadas en los tribunales y no en órganos administrativos.

En cuanto a las competencias del órgano de búsqueda, es necesario regular la manera mediante la cual se relacionan con los tribunales. Los Principios optan por la defensa de un modelo complementario, en cual el órgano administrativo y los tribunales, teniendo competencias claramente definidas para evitar solapamiento de funciones, actúen de manera interrelacionada sobre la base de procedimientos que regulen el intercambio de información. Para los Principios, la investigación judicial y la búsqueda deben realizarse con la misma efectividad y no pueden obstaculizarse entre sí, sino reforzarse mutuamente. Así, la existencia de procedimientos de búsqueda en sede administrativa no debe dificultar la realización de investigaciones penales, ni debe conllevar su sustitución. Por otro lado, si la búsqueda sólo se realiza por entidades judiciales, debe prestarse la misma atención tanto a la investigación penal como a la búsqueda.⁵⁰

Finalmente, los Principios añaden que:

La terminación de la investigación criminal, así como la eventual sentencia condenatoria o absolutoria de las personas acusadas de haber cometido un delito de desaparición forzada o la declaración de ausencia por desaparición, no deben ser un obstáculo para continuar con las actividades de búsqueda, ni pueden ser invocadas para suspenderlas.⁵¹

Resulta difícil imaginar el cumplimiento satisfactorio de esta recomendación sin la existencia de un órgano con atribuciones para realizar la búsqueda en sede administrativa, lo que confirma la inclinación de los Principios por un modelo complementario.

Como último punto, la realización de todas las acciones que integran la política pública de búsqueda requiere un elevado grado de coordinación entre todos los actores que participan en ella.⁵² Los Principios especifican que el órgano de búsqueda debe ser el encargado de coordinar dichas acciones.⁵³ A mi juicio, esta propuesta se explica porque este órgano es la

⁵⁰ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 13.

⁵¹ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 13.4.

⁵² Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 3.4 y 12.

⁵³ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 12.1.

entidad estatal cuyo mandato estará especialmente avocado a la búsqueda de las personas desaparecidas, debiendo presumirse que tendrá una especial sensibilidad con la temática, una mayor experiencia técnica, un mejor manejo de las incidencias políticas, y una preocupación institucional para que las tareas de búsqueda se realicen con eficacia.

5. Las actividades concretas de búsqueda

Los Principios desarrollan estándares sobre la manera en que debe realizarse la búsqueda de las personas desaparecidas, especificando que debe iniciarse de oficio tan pronto la autoridad adquiera conocimiento de una desaparición, sin necesidad de que se presente una denuncia o se cumpla otra formalidad y debiendo desarrollarse rápidamente sin dilaciones injustificadas.⁵⁴

La ejecución de actividades concretas de búsqueda debe ser antecedida de la recopilación de la información disponible, la que debe ser objeto de una acuciosa sistematización. Uno de los mecanismos más eficientes para cumplir dicho cometido es la implementación de un registro de personas desaparecidas y de bancos de datos.⁵⁵ Si bien los Principios establecen que el registro debe poder actualizarse de manera permanente,⁵⁶ no exige que exista un registro único y centralizado, lo que resulta criticable en cuanto cabe presumir que la existencia de una pluralidad de registros puede dificultar la sistematización de la información. También es criticable que no se imponga contar con un soporte informático que permita cruzar datos y almacenar de manera segura la información. El registro debería contener la mayor cantidad de información posible sobre cada víctima. Si bien los Principios especifican algunos tipos de datos que deberían incorporarse, a mi juicio se trata de un listado precario, porque debería hacerce un esfuerzo por detallar la información que requiere ser ingresada.⁵⁷

⁵⁴ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 6.

⁵⁵ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 11.1 y 11.2.

⁵⁶ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 11.2.

⁵⁷ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 11.2, refiriéndose a: "autoridad que ingresa los datos; las fechas en que una persona fue: dada por desaparecida, encontrada con vida, exhumado su cuerpo, sus restos mortales fueron identificados o entregados; las investigaciones que permitan establecer si se trató de una desaparición forzada y el

Un apartado bastante detallado de los Principios se destina a las recomendaciones sobre el establecimiento de un banco de datos genéticos. Llama gratamente la atención que el CED disponga la obligación de los Estados de implementar un banco de esta naturaleza. Además, exige que su administración se encargue a una entidad con un adecuado marco normativo y adscrita a la autoridad de búsqueda; se recomienda la obtención del consentimiento informado de los donantes para la recolección de las muestras de ADN; se exige el manejo confidencial de los datos personales obtenidos, debiendo utilizarse únicamente para la búsqueda e investigación judicial y se impone el deber de custodiar y preservar la información obtenida.⁵⁸

Ahora bien, con base en la información recopilada, debe diseñarse una “estrategia integral” de búsqueda que precise actividades concretas.⁵⁹ Los Principios obligan a no descartar ninguna hipótesis, a menos que resulten insostenibles.⁶⁰ En un modelo administrativo, es necesaria la confección de un plan nacional de búsqueda que se subdivida en etapas y que especifique las acciones que deben ejecutarse. En general, este plan tiene soporte en una normativa administrativa y suele ser elaborado por la autoridad de búsqueda. Los Principios hablan de una “estrategia integral” diseñada con la participación de las víctimas, sometida a supervisión y reevaluación permanente, que especifique las etapas y actividades a realizar para intentar encontrar, liberar o exhumar a la persona desaparecida y establecer su identidad.⁶¹

Cabe resaltar un par de recomendaciones adicionales de los Principios. En primer lugar, dado que las desapariciones forzadas pueden haberse cometido en el marco de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra,

motivo de la desaparición”. Otros datos cuyo ingreso no se exigió, pero que podrían resultar relevantes para la búsqueda son: una detallada individualización de la persona desaparecida; la aclaración de que si ha sido identificada o no; en caso haberlo sido, la ubicación del sitio de entierro y las circunstancias de la recuperación, exhumación, identificación y entrega de los restos; la descripción de los hechos que condujeron a la desaparición; el lugar de su privación de libertad y los centros de detención en que permaneció recluida; el detalle de su destino final si fuere conocido; la identificación de los procesos judiciales relacionados con su caso; la identificación de los familiares u otras personas cercanas; la existencia de muestras genéticas para una eventual identificación; la individualización de los autores del delito.

⁵⁸ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 11.7.

⁵⁹ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 8.3.

⁶⁰ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 8.1.

⁶¹ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 8.3.

es indispensable que la búsqueda considere el contexto y los patrones generales de ejecución, centrando la mirada en el análisis de cuestiones tales como los motivos, el *modus operandi* y los perfiles de perpetradores y víctimas.⁶² En segundo lugar, es importante que la búsqueda se realice con un enfoque diferencial en caso de que las víctimas sean personas en situación de vulnerabilidad, como niños, niñas y adolescentes; mujeres; o integrantes de pueblos indígenas y otros grupos étnicos y culturales.⁶³

6. Exhumación, identificación y restitución de los restos

En relación con las acciones de exhumación, identificación y entrega de los restos, los Principios son bastante escuetos, ya que sólo contienen una referencia genérica a la necesidad de recurrir a los “métodos forenses adecuados” y a la posibilidad de “solicitar la colaboración de las personas con conocimientos especializados y técnicos”.⁶⁴ Asimismo, en relación con la identificación, establecen que la búsqueda sólo puede considerarse terminada cuando “la persona haya sido plenamente identificada conforme a los estándares internacionales”.⁶⁵ Si bien existen diferentes técnicas científicas de exhumación e identificación, y dependiendo del contexto, debe guardarse una cierta flexibilidad en relación con su aplicación, quizás se podría haber especificado que ambos procesos se realicen conforme a protocolos

⁶² Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 8.6.

⁶³ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principios 2.2, 3.2, 4, 5.2, 8.7, 8.8, 9, 10.2 y 15.1.

⁶⁴ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 8.4. Otras referencias generales se contienen en el principio 10.2, señalando que el órgano de búsqueda debe “contar con el personal profesional necesario, con capacitación técnica y humana adecuada, incluida aquella en protección con enfoque diferencial, y con los medios logísticos y técnico-científicos actualizados que provengan de todas las disciplinas relevantes para una búsqueda efectiva y exhaustiva”; así como el principio 12.4, estableciendo que “Los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar la transferencia de conocimientos y tecnología necesarios para los procesos de búsqueda, incluidos los que tengan las organizaciones nacionales o internacionales especializadas en la búsqueda de personas desaparecidas y en la identificación de restos humanos. Sus experiencias deben ser incorporadas en la creación de las entidades que realizan la búsqueda, la definición de sus procedimientos y la capacitación permanente de su personal”.

⁶⁵ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 7.3.

internacionales que cuenten con la aceptación de los órganos internacionales de derechos humanos y de la comunidad científica.⁶⁶

En cuanto a la entrega de los restos a los familiares, los Principios establecen que “debe realizarse en condiciones dignas, de conformidad con las normas y costumbres culturales de las víctimas, respetando siempre que se trata de restos mortales de una persona y no de objetos”.⁶⁷ Se trata de un estándar relevante, si se considera el valor simbólico y afectivo de los restos para los familiares y su relevancia probatoria para las investigaciones administrativas y judiciales. Sin embargo, podría haberse incluido una recomendación sobre el tratamiento de los restos no identificados, estipulándose la necesidad de atender la opinión de las víctimas para decidir sobre el destino de tales restos y sugiriéndose la confección de protocolos para conservar la información sobre ellos.⁶⁸ En caso que se decida por el entierro de los restos no identificados, debería realizarse de una manera digna, pero también codificada, para evitar la pérdida de la información sobre su localización.⁶⁹ También sería oportuno incorporar alguna directriz sobre la protección de los sitios de entierro, en atención a su importancia para la investigación judicial, la búsqueda de las personas desaparecidas y la preservación de la memoria.⁷⁰

IV. CONCLUSIONES

Mediante la elaboración de los Principios, el CED ha impulsado la búsqueda de las personas desaparecidas mediante la implementación de un modelo complementario. Por tanto, este instrumento internacional intenta darle

⁶⁶ Por ejemplo, véase *The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death* (2016), New York-Ginebra, ONU, OHCHR, 2017, pp. 19-21 (párrs. 90-114).

⁶⁷ Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 2.4. Cfr. International Committee of the Red Cross, “The Missing and their Families”, Ginebra, 2003, pp. 32, 41 y 42.

⁶⁸ *Plan Nacional de Búsqueda*, Bogotá, Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Colombia), 2012, p. 24.

⁶⁹ *Idem*. Cfr. Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada, *op. cit.*, principio 10.3, refiriéndose genéricamente a la necesidad de “asegurar la preservación de sitios relevantes para la búsqueda” en relación con la facultad de acceso a los lugares.

⁷⁰ Cfr. Congreso de la República del Perú, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el Período de Violencia 1980-2000. Ley 30470, *cit.*, artículo 7o.; *Plan nacional para la búsqueda de personas desaparecidas (1980–2000)*, *cit.*, p. 15.

contenido al deber internacional de búsqueda de las personas desaparecidas, proponiendo un conjunto de buenas prácticas tendientes a elevar el grado de eficacia de las acciones estatales. Si bien el cumplimiento de los deberes internacionales de investigación y sanción impiden renunciar a la persecución judicial de los imputados por la comisión de las desapariciones, es posible que el proceso penal no tenga la capacidad para la recuperación de los restos de las personas desaparecidas. El CED está consciente de esta posibilidad y propone un modelo en que una autoridad administrativa lidere y coordine el proceso de búsqueda, interrelacionándose con los tribunales de justicia. En ningún caso, por tanto, los Principios exigen un reemplazo de la justicia, lo que generaría un supuesto indiscutible de impunidad.

La implementación de estas buenas prácticas requiere que, mediante un sustrato normativo —de jerarquía legal idealmente—, se regule una política pública de búsqueda y se otorguen competencias definidas a un órgano administrativo para la sistematización de la información existente y la ejecución de actividades concretas de búsqueda, todo lo anterior con un enfoque centrado en la víctimas. Sin perjuicio de algunas críticas que pueden plantearse sobre aspectos puntuales de los Principios, se trata de un texto de *soft law* que constituye un gran avance del sistema universal de protección de los derechos humanos en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades humanitarias de las víctimas.

V. AGRADECIMIENTOS

Se agradece la colaboración por parte de Francisca Cárdenas Madrid y José Meza Ortiz.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela y COLLINS, Cath, “Truth, Evidence, Truth: The Deployment of Testimony, Archives and Technical Data in Domestic Human Rights Trials”, *Journal of Human Rights Practice*, Reino Unido, vol. 8, núm. 1, febrero de 2016.

- ARENDR, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, trad. de Carlos Ribalta, Santiago de Chile, Debolsillo, 2014.
- COLLINS, Cath, *Respuestas estatales a la desaparición forzada en Chile: aspectos forenses, policiales y jurídicos*, Santiago de Chile, Observatorio de Justicia Transicional UDP, 2016.
- DORADO PORRAS, Javier, “Justicia transicional, persecución penal y amnistías”, *Derechos y Libertades*, España, época II, núm. 28, enero de 2013.
- DORADO PORRAS, Javier, “Justicia transicional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 8, marzo-agosto de 2015.
- DULITZKY, Ariel y ANAYANSSI ORIZAGA, Isabel, *¿Dónde están? Estándares internacionales para la búsqueda de personas desaparecidas forzosamente*, Londres, International Bar Association, 2019.
- HALL, Christopher K., “The Danger of Selective Justice: All Cases Involving Crimes under International Law Should be Investigated and the Suspects, when there is Sufficient Admissible Evidence, Prosecuted”, en BERGSMO, Morten (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, 2a. ed., Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.
- HAYNER, Priscilla, *Unspeakable Truth. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2a. ed., Nueva York-Londres, Routledge, 2011.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, “What is Transitional Justice?”, s/f. Disponible en: <https://www.ictj.org/about/transitional-justice>.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, “The Missing and their Families”, Ginebra, 2003.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Países Bajos, vol. 6, núm. 1, enero de 2002.
- LASSÉE, Isabelle, “Criminal” and “Humanitarian” Approaches to Investigations into the Fate of Missing Persons: A False Dichotomy, South Asian Centre for Legal Studies, 2016.
- NAVARRO, Susana et al., *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales*, Guatemala, I Congreso Mundial de Trabajo Psicosocial en Desaparición Forzada, Procesos de Búsqueda, Exhumación, Justicia y Verdad, Antigua, 2010.
- NESIAH, Vasuki, “Overcoming Tensions between Family and Judicial Procedures”, *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 84, núm. 848, 2002.

- PEARLMAN, Adam R., “Digging for Truth, Justice, or the Humanitarian Way: Priorities in Post-Genocide Transitional Justice and Exhumations of Mass Graves”, *SSRN*, Países Bajos, 2008. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1322155>.
- Plan Nacional de Búsqueda*, Bogotá, Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Colombia), 2012.
- Plan nacional para la búsqueda de personas desaparecidas (1980–2000)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, 2017. Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/01/Plan__busqueda_personas_desaparecidas.pdf.
- RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien, “Victims and International Criminal Justice: a Vexed Question?”, *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 90, núm. 870, 2008.
- REÁTEGUI, Félix (coord.), *Desaparición forzada y derechos de las víctimas. La respuesta humanitaria a las demandas de verdad, justicia y reparación en el Perú*, Lima, IDEHPUCP-Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- ROSENBLATT, Adam, “The Danger of a Single Story about Forensic Humanitarianism”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Países Bajos, vol. 61, 2019.
- ROSENBLATT, Adam, *Digging for the Disappeared. Forensic Science after Atrocity*, Stanford, Stanford University Press, 2015.
- SFERRAZZA TAIBI, Pietro, “La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional”, *Ius et Praxis*, Chile, año 25, núm. 1, 2019.
- SFERRAZZA TAIBI, Pietro, “La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. 31, núm. 1, 2018.
- STOVER, Eric y SHIGEKANE, Rachel, “Exhumation of Mass Graves: Balancing Legal and Humanitarian Needs”, en STOVER, Eric y WEINSTEIN, Harvey M. (eds.), *My Neighbor, my Enemy. Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- The Minnesota Protocol on the Investigation of Potentially Unlawful Death (2016)*, New York-Ginebra, ONU, OHCHR, 2017.
- WIJENAYAKE, Vishakha, “The Office on Missing Persons in Sri Lanka: The Importance of a Primarily Humanitarian Mandate”, *International Review of the Red Cross*, Reino Unido, vol. 99, núm. 905, 2017.

**Proteção multinível da liberdade sexual:
crime de violação no direito internacional
e o caso Bemba Gombo**

***Multilevel Protection of Sexual Freedom:
Crime of Rape in International Law
and the Bemba Gombo Case***

***Protection à plusieurs niveaux de la liberté
sexuelle: crime de viol en droit international
et affaire Bemba Gombo***

Felipe Augusto **Lopes Carvalho***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Proteção multinível dos direitos e Tribunal Penal Internacional*. III. *Crimes sexuais no direito internacional penal: evolução histórica*. IV. *Avanços e retrocessos do caso Bemba Gombo*. V. *Conclusões*. VI. *Bibliografia*.

* Universidade de Coimbra, Portugal; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5765-836X>, felipe.alc1@gmail.com.

Artículo recibido el 21 de febrero de 2020
Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 797-829
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar, à luz da proteção multinível dos direitos humanos, a evolução do tratamento conferido pelo direito internacional penal aos crimes de natureza sexual, em especial à violação, desde a sua gênese nos primeiros documentos do moderno direito de guerra, Convenções de Haia e Tribunais Militares pós-Segunda Guerra, passando pelas contribuições materiais e processuais dos tribunais penais *ad hoc* para antiga Iugoslávia e Ruanda, até chegar ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI). Por fim, analisar-se-á o caso Jean Pierre Bemba Gombo, recentemente julgado pelo TPI, e as contribuições e retrocessos que podem ser observados nesse julgamento para o desenvolvimento da jurisprudência internacional sobre o tema.

Palavras-chave: crimes sexuais, direito internacional penal, Tribunal Penal Internacional, Bemba Gombo, justiça.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze, in light of the multilevel human rights protection, the evolution of the treatment given by international criminal law to sex crimes, in particular to rape, since its genesis in the first documents of the modern law of war, the Hague conventions and the post-Second War tribunals, following the material and procedural contributions by the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, until the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). Finally, the paper will examine the judgment of Jean Pierre Bemba Gombo, recently tried by the ICC, the contributions and setbacks of this case law to the development of international jurisprudence on the subject.

Key words: sexual crimes, international criminal law, International Criminal Court, Bemba Gombo, justice.

RÉSUMÉ: L'article vise à analyser, à la lumière de la protection à plusieurs niveaux des droits de l'homme, l'évolution du traitement réservé par le droit international pénal aux délits à caractère sexuel, notamment au viol, depuis sa genèse dans les premiers documents du droit de la guerre moderne, conventions de La Haye et tribunaux militaires après la Seconde Guerre Mondiale, en passant par les contributions matérielles et procédurales des tribunaux pénaux *ad hoc* à l'ex-Yougoslavie et au Rwanda, jusqu'à atteindre le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI). Enfin, le cas de Jean Pierre Bemba Gombo, récemment jugé par la CPI, sera analysé, ainsi que les apports et revers que l'on peut observer dans ce procès pour le développement de la jurisprudence internationale en la matière.

Mots-clés: crimes sexuels, droit pénal international, Cour Pénale Internationale, Bemba Gombo, justice.

I. INTRODUÇÃO

Os atos de violência sexual, especialmente a violação,¹ têm sido uma característica dos conflitos armados durante toda a história. Muitas vezes, a violência sexual em tempo de guerra não é apenas um subproduto desta, mas uma política planejada e direcionada pelas partes no conflito. Nesses casos, considera-se a violência como uma verdadeira “arma de guerra”,² fazendo com que os abusos sexuais sejam difundidos e orquestrados de forma sistemática e massiva. A impunidade de cometer abusos sexuais sem medo de consequências foi por muito tempo considerada um dos despojos da guerra.

Apesar da ocorrência de crimes sexuais ao longo dos séculos, a tutela desses crimes no âmbito do direito internacional penal é relativamente recente. Apesar da importância dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio para o julgamento internacional de criminosos de guerra, a previsão de violação como crime de guerra foi adotada em grande medida apenas no início da década de 1990, após os conflitos na Bósnia-Herzegovina e Ruanda, quando as atrocidades generalizadas fomentaram a criação do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPIY) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Os estatutos e a jurisprudência desses tribunais *ad hoc* exerceram um papel fundamental na prossecução e julgamento dos crimes sexuais, sobretudo no tocante ao reconhecimento da violência sexual durante conflitos armados como *crimes under international law*, o que serviu de fundamento às disposições do Estatuto de Roma sobre o tema.

Nesse sentido, a criação do Tribunal Penal Internacional ocupa uma posição de destaque para a proteção multinível dos direitos humanos, considerada a incidência simultânea e complementar de diversos ordenamentos

¹ “Violação” é o termo mais utilizado em Portugal, enquanto utiliza-se o termo “estupro” no Brasil. Como a investigação foi desenvolvida durante o Doutorado na Universidade de Coimbra, preferiu-se utilizar o termo “violação”. Para os efeitos do presente trabalho, são termos sinônimos e intercambiáveis.

² Para maiores desenvolvimentos sobre a atuação analítica, epistemológica e ontológica que a “violação como arma de guerra” assume no direito internacional, vide Buss, Doris, “Rethinking Rape as a Weapon of War”, *Feminist Legal Studies*, vol. 17, núm. 2, 2009, pp. 145-163.

jurídicos para a proteção dos direitos humanos. Positivados em catálogos diferentes, os mesmos direitos possuem meios de tutela específicos, e sujeitos à competência de diferentes tribunais, resultando numa proteção em nível nacional, regional e global.³

Este trabalho objetiva analisar, por meio de investigação bibliográfica e jurisprudencial, a evolução do tratamento conferido pelo direito internacional penal aos crimes de natureza sexual, em especial à violação. Dito de outro modo, o caminho que foi percorrido pela comunidade internacional para considerar a violência sexual não mais um “efeito colateral” da guerra, mas um crime internacional que, a depender das circunstâncias e do preenchimento de certos requisitos, pode configurar-se como crime de genocídio, crime de guerra, ou crime contra a humanidade.

Para isso, a primeira parte do trabalho consiste em analisar de que modo a jurisdição penal internacional, em particular a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, contribui para a proteção multinível dos direitos humanos. Em seguida, a pesquisa examinará a evolução histórica dos crimes sexuais no ordenamento jurídico internacional, desde a sua gênese nos primeiros documentos do moderno direito de guerra, passando pelas convenções de Haia e pelos tribunais militares pós-Segunda Guerra, até chegar aos tribunais penais *ad hoc* para antiga Iugoslávia e Ruanda, considerando, neste ponto, os desenvolvimentos substantivos e procedimentais que esses tribunais trouxeram ao atual ordenamento, consubstanciado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A terceira parte é dedicada à análise pormenorizada do Estatuto de Roma no tocante aos crimes sexuais, particularmente o crime de violação. Por fim, analisar-se-á o caso *Jean Pierre Bemba Gombo*, julgado em 2018 pelo Tribunal Penal Internacional, primeiro caso em que o TPI veio a considerar acusações baseadas fundamentalmente no cometimento de crimes de natureza sexual. Enquanto o julgamento desse caso se baseia no trabalho de outros tribunais, notadamente o TPIY e TPIR, certos aspectos são, no entanto, distintos e emblemáticos, em especial por ter havido uma condenação unânime em primeira instância, e absolvição em sede de apelação.

³ Souza, Jefferson Lima de, “O diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos direitos fundamentais”, em Martins, Ana Maria Guerra (coord.), *A proteção multinível dos direitos fundamentais: estudos sobre diálogo judicial*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 15 e ss.

II. PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS E TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1. *Humanização do direito internacional*

O direito internacional tem passado por uma série de transformações. Especialmente após a segunda metade do século XX, temos presenciado o desenvolvimento de um direito internacional, outrora predominantemente interestatal, voltado a regular os direitos e deveres recíprocos dos Estados, para um direito dirigido fortemente para os interesses da “humanidade”,⁴ dando origem a instituições e organismos que interferem diretamente com as pessoas singulares para proteger e garantir valores humanos superiores.

Apesar de os primeiros passos rumo à humanização do direito internacional terem sido dados após o fim da primeira guerra mundial, através do direito humanitário, do surgimento da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, os fundamentos de uma nova ordem jurídica internacional, baseada em propósitos e princípios centrados no indivíduo, foram estabelecidos com a Carta das Nações Unidas em 1945, ao fim da segunda grande guerra. O preâmbulo da Carta reafirma a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”, e estabelece a promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais como um dos quatro propósitos da Organização das Nações Unidas (artigo 1.3).⁵ A partir de 1945, resta claro que os direitos humanos não poderiam mais ser caracterizados como uma questão doméstica, escondida pelo véu da soberania do Estado.⁶

No entanto, essa visão dos direitos humanos não resultou na sua imediata elevação à qualidade de normas fundamentais da ordem jurídica internacio-

⁴ Paulus, Andreas, “Do direito dos Estados ao direito da humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Internacional e o desenvolvimento do Direito Internacional”, *Direito Penal Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos*, Lisboa, Fim de Século Edições, 2003, p. 79.

⁵ Outras disposições da Carta contendo referências aos direitos humanos são: artigos 13 (1) (b), 55 (c), 62 (2), 68 e 76 (c)

⁶ Joseph, Sarah e Kyriakakis, Joanna, “The United Nations and Human Rights”, em Joseph, Sarah e McBeth, Adam (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, Edward Elger, 2010, p. 1.

nal, tendo aberto um processo evolutivo de definição de *standards* universais de proteção.⁷ A Declaração Universal dos Direitos Humanos ocupa uma posição central nessa nova arquitetura normativa global, configurando a sua publicação a primeira vez que a comunidade internacional, composta pelas nações soberanas do mundo, declarou um conjunto de direitos e liberdades fundamentais aos quais todos os seres humanos têm direito.

Seguindo o processo evolutivo do direito internacional, após a Carta da ONU e a Declaração Universal, verificou-se na agenda internacional a necessidade de estabelecimento de um sistema de tratados multilaterais com força jurídica vinculante, através dos quais se estipulariam padrões incondicionais, absolutos e categóricos de conduta para os Estados,⁸ com o objetivo de garantir de forma mais efetiva o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Em 1966 são adotados o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Os mesmos incorporam, concretizam e até ampliam os direitos contidos na Declaração Universal, e criam obrigações *erga omnes* de respeito pelos direitos humanos. Do advento desses tratados, inúmeras outras declarações e convenções foram elaboradas sob os auspícios das Nações Unidas, no exercício de sua competência normativa (*standard-setting*) em matéria de direitos humanos.⁹

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, nomeadamente na Europa, América e África, regidos por instrumentos normativos e sistemas institucionais próprios. Como leciona Flávia Piovesan, “ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais”.¹⁰

⁷ Machado, Jónatas, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 3a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 273 e ss.

⁸ *Ibidem*, p. 275.

⁹ Dentre o vasto número de convenções em vigor, podemos destacar a Convenção sobre Genocídio de 1948, a Convenção sobre Refugiados de 1951, com seu Protocolo de 1967, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial de 1965, e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

¹⁰ Piovesan, Flávia e Kamimura, Akemi, “Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 1, 2017, p. 180.

A condição dos indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional é hoje uma realidade inegável, e pode ser constatada, como vimos, pela multiplicação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que permitem, expressamente, o ingresso direto dos indivíduos às instâncias internacionais, bem como a possibilidade que indivíduos sejam demandados perante cortes internacionais, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Com efeito, a instituição do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma constitui a mais recente expressão normativa e institucional do desenvolvimento direito internacional que estamos a referir, nomeadamente a mudança de paradigma e estrutura no sentido da proteção e garantia dos direitos humanos.

2. *Realização dos direitos humanos pela justiça penal internacional*

Embora o Tribunal Penal Internacional não seja um tribunal de direitos humanos *stricto sensu*, sua criação possui um grande significado para a proteção global —e multinível— dos direitos humanos.

Os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, e mais recentemente os tribunais para Iugoslávia e Ruanda, contribuíram para o estabelecimento da legitimidade da comunidade internacional para investigar, processar e julgar os acusados de crimes que põem em risco a paz e a sobrevivência dessa própria comunidade. Estabelecida a legitimidade, e presentes as noções que levaram ao cenário do novo direito internacional, ou seja, de soberania limitada dos Estados em face dos interesses comuns da humanidade, surge o Tribunal Penal Internacional.¹¹

O TPI é uma instituição judicial permanente criada para acabar com a impunidade dos crimes mais graves de interesse internacional, nomeadamente genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Essas quatro categorias de ofensas estipuladas no Estatuto do TPI se relacionam fortemente com as normas internacionais de direitos

¹¹ Steiner, Sylvia, “Discurso de abertura”, em Albuquerque, Paulo Pinto e Silva, João Miguel (orgs.), *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2006, p. 12.

humanos, na medida que os atos proibidos pelo Estatuto de Roma dizem respeito, em grande parte, aos direitos humanos mais fundamentais, normas peremptórias do direito internacional, como o direito à vida e a proibição de tortura, além de ofensas que afetam particularmente mulheres e crianças, e inúmeras outras conexões com direitos humanos específicos, por exemplo, a proibição de discriminação racial e a liberdade de movimento.

Além da ligação entre o conteúdo dos crimes de competência do TPI e os direitos humanos, importa considerar a correspondência entre a justificação de existência dos mecanismos internacionais de direitos humanos e de justiça criminal. Nesse sentido, Hans-Peter Kaul¹² aponta para a obrigação tripla (*threefold obligation*) que os Estados têm em relação aos direitos humanos. Em primeiro lugar, os Estados devem abster-se de qualquer violação; segundo, os Estados têm a obrigação de proteger indivíduos e grupos contra violações dos direitos humanos, o que implica, por exemplo, no dever de criminalizar certos comportamentos, de investigar e processar abusos e de responsabilizar os autores; terceiro, é dever dos Estados adotar medidas positivas para materialização dos direitos humanos.

Cumpre destacar que os sistemas internacionais de direitos humanos não foram concebidos para substituir os Estados como garantidores dos direitos e garantias individuais, mas para servir de camadas ou níveis sobressalentes de supervisão, proteção e responsabilização. Essa é a mesma *rationale* de justificação do direito internacional penal. Com efeito, o TPI não substitui os sistemas de justiça nacionais, antes, incentiva e estimula a primazia da jurisdição interna dos Estados. Continua da responsabilidade primária do sistema de justiça doméstico o exercício da jurisdição criminal sobre os crimes mais graves da ordem internacional. Diante, porém, das recorrentes atrocidades em que os sistemas jurídicos nacionais mostraram-se relutantes ou incapazes de responder, o TPI é capaz —frise-se, em caráter complementar— de constituir a última instância que pode julgar os indivíduos suspeitos de serem responsáveis pelos crimes.

¹² Kaul, Hans Peter, “The Protection of Human Rights through the International Criminal Court as a Contribution to Constitutionalization and Nation-Building”, Human Rights-International Criminal Court, The Hague, 2011. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/33E021F0-8672-4210-8170-790E380A1AA1/282948/FINAL_Speech_Panel3_ICC_Features_Challenges.pdf.

Sem prejuízo de analisarmos em detalhes, na próxima sessão, as inovações, em termos substantivos e processuais, do Estatuto de Roma, pode-se afirmar que o TPI é o herdeiro direto dos Tribunais estabelecidos em Nuremberg e Tóquio, que estabeleceram o princípio da responsabilidade de todos os indivíduos sob o direito penal por atrocidades em massa, ainda que sejam representantes do alto escalão do estado ou de seu aparato militar. Estabelecido de forma permanente, com jurisdição não retroativa, e um sistema procedimental pré-estabelecido, no qual são assegurados os princípios da publicidade, da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório, o TPI representa, para alguns autores, a maior transformação havida nas últimas décadas em termos de proteção internacional de direitos individuais, um passo adiante à criação dos tribunais de direitos humanos, já que agora não somente os Estados, mas as pessoas individualmente, são chamados a prestar contas perante a comunidade internacional.¹³

III. CRIMES SEXUAIS NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. *Código Lieber e convenções de Haia*

O primeiro documento que proibiu, de forma expressa, a prática da violação em tempos de guerra foi o Código Lieber de 1863.¹⁴ Este Código, por reconhecer o “caráter sagrado das relações domésticas”, estabelece a pena de morte para os perpetradores da violação e ainda confere ao superior o direito de matar o agente de tais atos quando contrários a uma determinada ordem (arts. 44 e 47).

¹³ Steiner, Sylvia, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ O Lieber Code tem um importante valor no moderno direito de guerra, em virtude de constituir a primeira tentativa de estabelecer, por escrito, um conjunto de regras que dizem respeito aos usos e costumes de guerra e impô-las a um exército durante uma batalha. Apesar disso, tinha como objetivo somente prescrever um conjunto de regulações à conduta dos Soldados dos Estados Unidos (“União” ou Norte”) que lutavam na Guerra Civil Americana contra os Estados Confederados da América (“Confederação” ou “Sul”), e portanto não tinha status de tratado.

As convenções de Haia de 1899 e 1907 codificaram as regras atinentes à guerra existentes até então. Porém, não houve nenhuma referência expressa à violação ou outra forma de violência sexual. Os crimes sexuais ficaram vinculados ao respeito pela “honra e direitos da família”.¹⁵

Ressalta-se que o preâmbulo da convenção previa que, na ausência de regras codificadas, os beligerantes deveriam ser regidos pelos princípios do direito das nações, das leis da humanidade e pelos ditames da consciência pública. Fraciah Njoroge entende que essa provisão proibia implicitamente a violação na condução dos conflitos, já que a violência sexual fere a dignidade humana e a honra da família, sendo, portanto, contra os ditames da consciência pública.¹⁶

2. *Tribunais Pós-Segunda Guerra e Convenções de Genebra*

Após a Segunda Guerra Mundial, foram criados o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) e posteriormente o Tribunal Militar Internacional de Tóquio (1946), resultados dos esforços da comunidade internacional para julgamento dos acusados de crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos durante o período do conflito. Nas cartas de ambos os tribunais não havia qualquer referência ao crime de violação,¹⁷ apesar de considerar-se possível a punição de abusos de caráter sexual pelo recurso à cláusula de “outros atos desumanos”, presente nos dois Estatutos.¹⁸ Ressalta-se que em 20 de dezembro de 1945 as potências aliadas que ocupavam o território alemão aprovaram a Lei n. 10 do Conse-

¹⁵ International Conferences (The Hague), Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, Article 46. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>.

¹⁶ Njoroge, Fraciah, “Evolution of Rape as a War Crime and a Crime against Humanity”, SSRN, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2813970>.

¹⁷ United Nations, Charter of the International Military Tribunal-Annex to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8 August 1945, Article 6o.

¹⁸ Fidalgo, Sofia, “Os crimes sexuais no direito internacional penal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 83, 2007, p. 642.

lho de Controle, que incluiu a violação entre os crimes contra a humanidade previstos na Carta de Nuremberg, e requereu a cada uma das potências que julgassem o cometimento desse crime.¹⁹

Apesar desse avanço, em Nuremberg os julgamentos ignoraram amplamente os atos de violência sexual cometidos, embora soldados do eixo e das forças aliadas tenham sido acusados do cometimento de violação contra civis durante o conflito. Há quem diga, inclusive, que esta é a verdadeira razão de o crime de violação não ter sido investigado pelo Tribunal de Nuremberg, “não porque os alemães não tenham cometido violações, mas porque as forças Aliadas, sobretudo os Russos e as forças Marroquinas sob controle francês, também cometeram inúmeras violações”.²⁰

Em Tóquio, a despeito do fato de não haver referência à violência sexual em sua Carta, o Tribunal decidiu que os atos de violência sexual constituíam “crimes de guerra costumeiros” previstos no artigo 5o., alínea b, e, assim, condenou criminosos de guerra pelo delito de violação e prostituição forçada. No caso específico, havia evidências de violação e prostituição forçada de mulheres chinesas por soldados japoneses, especialmente durante o episódio que ficou conhecido como “rape of Nanking”, em que soldados japoneses invadiram a cidade de Nanking e violaram aproximadamente vinte mil mulheres e crianças como estratégia de dominação. Este foi, portanto, o primeiro tribunal internacional a processar e condenar os perpetradores de violência sexual em um conflito armado.

Conforme aduz Quitter, os julgamentos de Nuremberg e de Tóquio “prepararam o terreno” para o julgamento internacional de criminosos de guerra por homicídio, genocídio, crimes contra a humanidade e outros crimes de guerra, mas os crimes sexuais ainda não eram vistos como crimes de caráter internacional.²¹ Somente quarenta e cinco anos mais tarde, através da ação do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, os atos de violência sexual durante conflitos armados foram processados como crime de guerra, momento histórico que passamos a analisar adiante.

¹⁹ Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and Against Humanity, December 20, 1945. Article II(c).

²⁰ Fidalgo, Sofia, *op. cit.*, p. 642.

²¹ Quitter, Bridget, “Rape as a War Crime—Prosecution of Sexual Violence in the International Community”, *SSRN*, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2498208>.

Há de se destacar, ainda, que a IV Convenção de Genebra de 1949, Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempos de Guerra²², refere expressamente a violação em seu artigo 27, afirmando que “as mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, particularmente contra a violação, a prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor”. Percebe-se da leitura deste e dos demais artigos da Convenção, e dos seus Protocolos Adicionais de 1977, que a proteção da mulher contra abusos sexuais continua ligada à sua honra e pudor; e os crimes sexuais não constam expressamente da lista das violações graves da Convenção, submetidas à jurisdição universal.²³

3. *Tribunais penais internacionais ad hoc para antiga Iugoslávia e para Ruana*

Os TPIY e TPIR trouxeram grandes contribuições ao reconhecimento e prossecução da violência sexual no âmbito internacional.²⁴ Para alguns autores, a ação desses tribunais marca o início do fim da impunidade dos crimes sexuais no direito internacional.²⁵

O TPIY foi a primeira corte internacional a reconhecer a violação como crime contra a humanidade,²⁶ além de ser a primeira corte a condenar um indivíduo com base nessa tipificação. O Estatuto do TPIY não prevê expressamente a violação como crime de guerra, mas, ainda assim, o Tribunal afirmou em diversas situações que a violência sexual deve ser considerada uma “grave violação das leis e costumes de guerra”. Além disso, o Estatuto do Tribunal,

²² IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949. Disponível em: <http://www.redcross.org/humanityinwar/geneva-convention-iv-on-civilians-1949>.

²³ Artigos 146 e 147 da IV Convenção de Genebra.

²⁴ O TPIY foi estabelecido em 1993 pela Resolução 82723 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de acordo com o artigo 39 do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que autoriza o Conselho a responder a “qualquer ameaça à paz”. O TPIR foi estabelecido em 1994 com base no mesmo capítulo.

²⁵ Fidalgo, Sofia, *op. cit.*, p. 644; Fitzgerald, Kate, “Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and other Sexual Assaults under International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 4, 1997, pp. 638-663.

²⁶ Estatuto do TPIY, artigo 5o., alínea g.

ao considerar os “graves atentados contra a integridade física ou psíquica do grupo” como uma das possibilidades de configuração do crime de genocídio, permite, a partir de uma interpretação extensiva, que a violência sexual seja enquadrada como possível ato constitutivo de genocídio, desde que cometida nas circunstâncias adequadas, ou seja, com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo racial, étnico ou religioso.

O Estatuto do TPIR trata a violação como crime contra a humanidade.²⁷ Além disso, estabelece que o Tribunal tem competência para julgar as pessoas que tenham violado ou que tenham ordenado a prática de violações graves ao artigo 3o. comum às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, para a Proteção das Vítimas de Guerra, e ao Segundo Protocolo Adicional, de 8 de junho de 1977. Dentre estas violações, incluem-se: ultraje à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, violação, prostituição e qualquer outra forma indecente de ofensa (artigo 4o., al. e).

As diferenças mais significativas nas interpretações e julgamentos desses dois Tribunais dizem respeito à definição de violação.

O caso *Prosecutor vs Tadic*,²⁸ primeiro julgamento do TPIY e, portanto, o primeiro caso julgado por um Tribunal Internacional Penal pós Nuremberg e Tóquio, envolvia, entre outras acusações, o cometimento massivo de violações contra homens e mulheres por parte de Tadic, guarda em uma prisão da Sérvia. No entanto, ao final do julgamento as acusações de violência sexual foram retiradas, dadas as inconsistências das testemunhas.

O *Caso Prosecutor vs. Akayesu*,²⁹ julgado pelo TPIR, envolveu o burgomes-tre da comuna de Taba, Jean Paul Akayesu, e sua participação no massacre de quase todos os tutsis residentes no distrito. Ele foi acusado de promover e apoiar atos de violência sexual contra as mulheres tutsis, como parte do processo de extermínio dos tutsis e uma forma de evitar o nascimento de outros membros do grupo.

Através desse caso, o TPIR foi o primeiro tribunal internacional a i) condenar um indivíduo por crime de genocídio; ii) considerar que a violação de mulheres é um ato constitutivo de genocídio; iii) considerar que a violência

²⁷ Estatuto do TPIR, artigo 3o., alínea g.

²⁸ International Criminal Court, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, de 7 de maio de 1997.

²⁹ International Criminal Court, *Prosecutor v. Akayesu*, Case N°. ICTR-96-4-T, de 2 de setembro de 1998.

sexual quando realizada como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra a população civil, por motivos discriminatórios, como observou-se no caso concreto, constitui, por si mesma, crime contra a humanidade.³⁰

O caso *Akayesu* foi particularmente inovador porque o Tribunal teve de definir a violação a nível internacional, vez que nenhuma definição tinha sido reconhecida até antes do julgamento. Assim, o Tribunal definiu violação como “a penetração física de natureza sexual cometida de forma coerciva”, e acrescentou que “a violência sexual não se limita à invasão física do corpo humano, pode incluir atos que não envolvem penetração ou mesmo contato físico”.

O caso *Prosecutor vs. Mucic*³¹ é um dos mais conhecidos que veio a ser julgado pelo TPIY, porque envolveu a acusação de quatro réus pelas atrocidades cometidas no campo de prisão Celebici. Esse caso é juridicamente significativo para o escopo do presente trabalho pois a Corte sustentou que a violação e violência sexual podem constituir atos de tortura, desde que cumpridos os seus requisitos de configuração,³² pois trata-se de um “ato desprezível que atinge o âmago da dignidade humana”. Ademais, ao julgar os atos de violência sexual cometidos na prisão, a Corte precisava adotar uma definição para o crime de violação, e assim o fez referenciando a decisão do TPIR no caso *Akayesu*, definindo a violação como “uma invasão física de natureza sexual, cometida em uma pessoa sob circunstâncias coercivas”.

O caso *Prosecutor vs. Furundzija*,³³ julgado pelo TPIY, teve como objeto as acusações contra Anto Furundzija, comandante dos “Jokers”, uma unidade

³⁰ Ferreira de Almeida, Francisco, *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*, dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, p. 343.

³¹ International Criminal Court, *Prosecutor v. Zejnic Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esan Landzo*. Case No. IT-96-21, de 16 de novembro de 1998.

³² Artigo 1o. da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984): O termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

³³ *Prosecutor v. Furundzija*, Case N°. IT-95-17/1-T, de 10 de dezembro de 1998.

especial do Conselho de Defesa Croata, que lutou contra o exército da Sérvia. Ele foi acusado de ter submetido a população civil, especificamente muçulmanos sérvios, a diversas hostilidades, como atos de tortura, violência sexual e outros abusos físicos e psíquicos.

A sentença desse caso ocupa um lugar de destaque no tema da violência sexual porque, ao definir a violação, a Corte se distanciou do precedente em *Akayesu* e definiu o crime de uma forma mais detalhada e precisa, estabelecendo que a violação consiste: “i) na penetração sexual, por insignificante que seja: a) da vagina ou ânus da vítima pelo pênis do agente ou por qualquer outro objeto usado pelo agente; ou b) da boca da vítima pelo pênis do agente; ii) mediante coação, força ou ameaça de uso da força contra a vítima ou contra uma terceira pessoa”.

Diferentemente da definição adotada nos casos *Mucic* e *Akayesu*, o Tribunal centrou-se nos aspectos físicos do ato sexual e enumerou de forma precisa os fatos concretos que podem motivar uma violação, mencionando tanto as partes do corpo afetadas, como os instrumentos do crime. Quitter considera essa nova definição um retrocesso, pois não fornece recursos de proteção às vítimas de violência sexual cometida sem penetração, ao contrário do que poderia ocorrer sob as definições anteriores.³⁴

O caso *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac e Vukovic*,³⁵ julgado pelo TPIY, foi o primeiro no Direito Internacional Penal em que as acusações envolviam apenas crimes de natureza sexual. O caso em comento envolveu três acusados que participaram da invasão do município de Foca em abril de 1994. Os soldados sérvios dividiram a população entre homens e mulheres; os homens foram enviados a diversas prisões, enquanto as mulheres e crianças foram enclausuradas, primeiro no ginásio da escola da cidade, e depois no estádio Partizan Sports Hall. As mulheres foram vítimas de atrocidades massivas, sobretudo de natureza sexual. Os acusados foram condenados pelo cometimento de atos de violência sexual enquanto violações de leis ou costumes de guerra, assim como crimes contra a humanidade.

O Tribunal decidiu voltar a utilizar a definição de violação do caso *Akayesu*, pois verificou que a definição proporcionada no caso *Furundzija* era demasiado restritiva, ao atrelar a ausência do consentimento da vítima à

³⁴ Quitter, Bridget, *op. cit.*, p. 12.

³⁵ International Criminal Court, *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac e Vukovic*, N°. IT-96-23, de 22 de fevereiro de 2011.

coação, uso ou ameaça de uso da força. Para o Tribunal, a falta de consentimento pode extrair-se de circunstâncias para além da força, como extrema pressão psicológica, enfermidade física ou mental, menoridade, entre outros. Portanto, substitui-se o elemento “coação, força ou ameaça de uso da força” pelo elemento “ausência de consentimento”. Isso significa que o uso ou ameaça de uso da força passa a ser não mais um elemento consubstancial da natureza da violação, apenas uma das formas pelas quais se pode viciar o consentimento da vítima, o que representou um grande avanço na proteção dos direitos das vítimas desse tipo de violência.

Importante perceber que, se tratando de um contexto generalizado de violência e ameaças, tal como ocorre em grande parte dos conflitos armados, é possível que a vítima tenha sido compelida a consentir devido às circunstâncias do contexto em questão. Assim, o consentimento para manter relações sexuais deve ser “absolutamente livre e voluntário”. Obviamente, esse elemento subjetivo (*mens rea*) é difícil de ser provado, pois o autor pode alegar que considerava que a vítima consentia legitimamente a ter relações sexuais com ele.³⁶

A introdução do elemento “ausência de consentimento” representa, ademais, a mudança no bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico internacional no crime de violação. Até então, considerava-se que o crime visava à proteção da integridade física e a dignidade humana. A partir desse caso, com a “nova” definição de violação, percebe-se que o bem jurídico que o direito internacional busca proteger é a liberdade e autodeterminação sexual, que passa a ser, portanto, um bem jurídico da humanidade, supra individual, cuja proteção é essencial à comunidade internacional.³⁷

Ainda na seara das contribuições dos TPIY e TPIR, merece destaque a inovação no plano processual trazida pelo artigo 96 do Regulamento de Procedimento e de Prova do TPIY, que estabelece regras de apreciação da prova em matéria de crimes sexuais. De acordo com esse artigo, que não contava com nenhum precedente similar antes da sua adoção: *i*) não se exige a corroboração do testemunho da vítima por outras testemunhas; *ii*) o consentimento da vítima não será admitido como defesa se (a) a vítima tiver

³⁶ Zorrilla, Maider, *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, 2005, p. 42.

³⁷ Fidalgo, Sofia, *op. cit.*, p. 648.

sido submetida, ameaçada, ou tenha motivos para temer violência, coação, detenção ou opressão psicológica, ou (b) razoavelmente se acredite que se a vítima não foi submetida a essas hipóteses, outra pessoa pode ter sido ou vir a ser; *iii*) antes de ser admitida a prova do consentimento da vítima, o acusado deve satisfazer à Câmara de Julgamento que as provas são relevantes e credíveis; *iv*) O comportamento sexual prévio da vítima não será admitido como prova.

O TPIY também prestou especial atenção à proteção e apoio das vítimas. Nesse sentido, estabeleceu uma Unidade de Vítimas e Testemunhas, constituída por pessoal qualificado para recomendar medidas de proteção e prestar aconselhamento para vítimas e testemunhas. Outras inovações foram: adotou-se a regra da não divulgação de nomes e outras informações das vítimas em registos públicos; o Tribunal garantiu que as vítimas não pudessem ser vistas na galeria pública; conferiu-lhes a opção de apresentar provas em sessões fechadas. Muitas dessas inovações foram posteriormente adotadas pelo Tribunal Penal Internacional.³⁸

Graças aos Estatutos e decisões do TPIY e TPIR, foi possível, pela primeira vez, definir o crime de violação no âmbito internacional; conseguiu-se distinguir de forma mais detalhada o crime de violação de outros abusos de natureza sexual; instituiu-se a violação como crime contra a humanidade, crime de guerra e genocídio, dependendo das circunstâncias do cometimento do ato; e adotou-se uma série de medidas protetivas às vítimas de abusos sexuais. Ainda que sujeita a limitações temporais e espaciais muito restritivas, estes Tribunais tiveram uma influência importante à criação do Tribunal Penal Internacional, que, a princípio, compartilha objetivos com os dos tribunais *ad hoc*, mas se diferencia fundamentalmente destes por conta da permanência do seu mandato.³⁹

4. Crime de violação no Estatuto de Roma

O nascimento do Tribunal Penal Internacional (TPI) representou um marco de enorme significado para a comunidade internacional. Desde 1 de

³⁸ Manning, Colin, *Development of International Criminal Law of Sexual Violence*, SSRN, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2728700>.

³⁹ Zorrilla, Maider, *op. cit.*, pg. 49.

julho de 2002, quando alcançado o número suficiente de ratificações (60) do Estatuto de Roma, o Tribunal está habilitado para processar e julgar os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão ocorridos posteriormente àquela data.⁴⁰

O Estatuto desvincula definitivamente os crimes sexuais de concepções ligadas à honra e à dignidade da mulher e da família (note-se que os crimes sexuais como crimes de guerra são tipificados separadamente dos ultrajes à dignidade da pessoa), e também consolida o fato que os crimes sexuais podem constituir um crime de genocídio, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, a depender das circunstâncias presentes em cada caso concreto.⁴¹

Enquadrar-se-á a violência sexual como elemento do crime de genocídio quando praticada com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, nos termos do artigo 6o. do Estatuto. Vale mencionar que tal como está tipificado no Estatuto de Roma, não há referência expressa a atos de violência sexual na descrição do crime de genocídio, tendo sido codificada a cláusula geral “lesões graves à integridade física ou mental de membros do grupo” (artigo 6o. al. b). No entanto, o documento sobre os Elementos dos Crimes, aprovado pela Assembleia dos Estados Partes contém uma nota esclarecendo que a conduta causadora destas lesões “pode incluir, mas não necessariamente se limita a, atos de tortura, violação, violência sexual ou tratamento desumano ou degradante”, restando-se claro, portanto, que os crimes sexuais estarão sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional quando constituírem atos de genocídio.

O artigo 7o. do Estatuto dispõe que a violência sexual, quando cometida no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, será enquadrada como um crime contra a humanidade. Nesse sentido, o documento sobre os Elementos dos Crimes afirma que os crimes contra a humanidade figuram entre os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional, uma conduta inadmissível ao abrigo do direito internacional geralmente aplicável pelos principais sistemas jurídicos do mundo, exigindo, portanto, a responsabilização penal individual.

⁴⁰ Ferreira de Almeida, Francisco, *Direito internacional público*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 336.

⁴¹ Fidalgo, Sofia, *op. cit.*, p. 651.

É no âmbito dos crimes contra a humanidade que o Estatuto de Roma regula de forma expressa os crimes sexuais, prevendo, pela primeira vez em âmbito internacional, a título exemplificativo, diversas formas de crimes sexuais —violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada e outras formas de violência.

Para que se compreendam as circunstâncias que implicarão à circunscrição da violência sexual nesta categoria de crime, há de se levar em especial consideração dois elementos necessários à configuração dos crimes contra a humanidade, que dizem respeito ao contexto em que a conduta deve ocorrer: a participação no, e o conhecimento do ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. O elemento que aponta a necessidade de o perpetrador da conduta criminosa ter a consciência que suas ações fazem parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil não significa a exigência de provas de que o autor tinha conhecimento de todas as características do ataque ou os detalhes precisos do plano ou política do Estado ou organização. Além disso, tratando-se de um ataque emergente contra uma população civil, a cláusula de intenção, (*mens rea*) é satisfeito provando-se que o autor pretendia, com sua conduta, promover tal ataque generalizado ou sistemático.

Os crimes sexuais podem ser configurados também como crimes de guerra, seja em conflitos armados internacionais ou conflitos armados internos, “quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala”, nos termos do artigo 8o. do Estatuto. Para que a violência sexual constitua um crime de guerra, exige-se ainda que o autor da conduta saiba as circunstâncias factuais que estabelecem a existência de um conflito armado, ainda que não tenha conhecimento se o conflito é internacional ou interno.⁴²

No que concerne à violação, de acordo com os Elementos de Crimes, há dois elementos constitutivos que se aplicam para sua configuração como crime de guerra ou crime contra a humanidade: 1) O agressor invadiu o corpo de uma pessoa por conduta que resultou na penetração, por mais leve que fosse, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor com um órgão sexual, ou da abertura anal ou genital da vítima com qualquer objeto

⁴² “Elements of Crimes. Official Records of the Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court”, Kampala, 31 May-11 June 2010, International Criminal Court publication, RC/11.

ou qualquer outra parte do corpo. 2) A invasão foi cometida por força, ou por ameaça de força ou coerção, assim como por medo de violência, coação, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder, contra tal pessoa ou outra pessoa, ou por tirar vantagem de um ambiente coercivo, ou a invasão foi cometida contra uma pessoa incapaz de dar o consentimento genuíno. Pode-se afirmar, assim, que o TPI incorporou e consolidou os desenvolvimentos jurídicos conseguidos pelos Tribunais ad hoc que o antecederam.

Apenas a título de exemplo, os Elementos dos Crimes codificaram a compreensão de consentimento desenvolvido no caso *Akayesu*, especificamente incluindo “ameaça de força ou coerção” e “tirar vantagem de um ambiente coercitivo” na definição do crime de violação.⁴³

Fildago destaca, ainda, duas inovações do o Estatuto do TPI em matérias de crimes sexuais. Em primeiro lugar, o Estatuto foi inovador quanto aos órgãos do Tribunal. O artigo 36º, n.º 8, al. b) estatui a “necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias, incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças”. Além disso, no gabinete do procurador deve haver “assessores jurídicos especializados em determinadas áreas, incluindo, entre outras, as da violência sexual” (artigo 42º, n.º 9). Em segundo lugar, no que concerne ao procedimento. O artigo 54º n.º 1, al.b) indica que no inquérito e em toda a sua atuação o “procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e das testemunhas, incluindo a idade, o sexo..., a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual”. Além disso, prevê-se expressamente que tratando-se de uma vítima de violência sexual, a audiência pode realizar-se, no todo ou em parte, à porta fechada (artigo 68º n.2).⁴⁴

IV. AVANÇOS E RETROCESSOS DO CASO *BEMBA GOMBO*

Em 21 de março de 2016, a Terceira Secção de Julgamento do TPI condenou o ex-Vice-Presidente da República Democrática do Congo (RDC) e

⁴³ O próprio Estatuto de Roma foi influenciado pela condenação de Kunarac e enumera a tortura e a violação como crimes contra a humanidade separados. Manning, Colin, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ Fidalgo, Sofia, *op. cit.*, p. 654 e 655.

líder do Mouvement de libération du Congo (MLC), Jean-Pierre Bemba Gombo, por crimes contra a humanidade e crimes de guerra, inclusive pela prática de crimes sexuais, nomeadamente violação. Os crimes foram cometidos entre 26 de outubro de 2002 e 15 de março de 2003, período em que as tropas de Bemba Gombo realizaram uma intervenção na República Centro-Africana, em apoio ao presidente Ange-Félix Patassé, que à época enfrentava problemas de insurgência no país e pediu a ajuda do MLC.

Em junho de 2018, porém, a Secção de Recursos decidiu absolver Bemba Gombo, por 3-2. Este julgamento é emblemático e significativo por duas razões primordiais: até o julgamento pela secção de recursos, o caso caminhava para constituir o primeiro em que o réu seria condenado por crimes cometidos por seus subordinados, ou seja, a título da “responsabilidade do superior” (command responsibility); e, mais importante, o primeiro julgamento do TPI em que seria prolatada uma sentença condenatória pela prática do crime de violação.⁴⁵

O foco do presente capítulo é examinar criticamente o entendimento do TPI no julgamento de Bemba Gombo, em seus dois momentos cruciais, a decisão da secção de julgamento em 1a. instância e a decisão da secção de recursos, e em que medida esse caso contribuiu ao desenvolvimento da jurisprudência internacional sobre o tema.

1. *Julgamento em primeira instância*

A. *Definição de violação*

Até os anos 90, não havia definição do crime de violação no Direito Internacional Penal. Os Tribunais Internacionais que tentaram criar uma definição dos elementos desse crime —como visto, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia e Ruanda— divergiram especialmente no tocante ao relacionamento entre a força/coerção e o consentimento.⁴⁶

⁴⁵ Nesse sentido, vale considerar que o julgamento de Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber, 7 March 2014, foi o primeiro caso perante o TPI a incluir acusações de violação e escravidão sexual. Porém, a Câmara de Julgamento decidiu que a violação não se enquadrava no “objetivo comum” dos ataques à vila de Bogoro, e, assim, Katanga foi absolvido das acusações de crimes sexuais.

⁴⁶ Njoroge, Fraciah, *op. cit.*, p. 9 e ss.

No caso *Kunarac* foi adotada uma definição de violação que se baseava no elemento “ausência de consentimento”, em substituição à coação ou o uso de força, pelas razões já mencionadas. Porém, alguns questionamentos permaneceram em aberto, no que se refere à adequação de se aplicar uma definição baseada —ainda que de forma atenuada— no consentimento, se estamos tratando de um contexto de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Isso porque a definição de violação pelo direito internacional penal pressupõe um contexto de conflito armado, e, sendo assim, as vítimas estão sob um ataque não-consensual. Isso significa que a própria determinação de competência de um Tribunal Penal Internacional para julgamento desse tipo de crime revela que o ato sexual ocorreu num contexto em que não havia autonomia sexual.

Uma das razões pelas quais o julgamento em sede de 1a. instância em *Bemba Gombo* é significativo é precisamente porque não emprega uma definição de violação com base no consentimento.⁴⁷ A Seção de Julgamento utilizou a definição de violação prevista no documento Elementos dos Crimes, que por si só não confere um grau elevado de importância ao consentimento.⁴⁸

B. Consequências dos crimes sexuais

Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* refletiram sobre alguns efeitos e consequências da violência sexual sofrida pelas vítimas. Em especial nos casos *Mucic* e *Akayesu*, foram destacadas as consequências físicas e psicológicas nos homens e mulheres vítimas de violação. No julgamento de *Bemba*, as múltiplas consequências das violações massivas perpetradas no conflito são expostas e discutidas de forma detalhada.⁴⁹

Em primeiro lugar, o TPI considerou as lesões físicas agudas e duradouras provocadas nas vítimas, tanto nas mulheres (como lesões permanentes na vagina, pelve, rins, olhos, abdômen, problemas para engravidar) quanto nos homens (diminuição da locomoção e lesões no ânus), sem falar do alto índice de infecção pelo vírus HIV.⁵⁰ Além disso, o Tribunal discutiu as consequências psicológicas dos abusos, ouvindo relatos das vítimas e de seus

⁴⁷ International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, N° ICC-01/05-01/08, 21 de junho de 2016, para. 25.

⁴⁸ Clark, Janine Natalya, “The First Rape Conviction at the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol. 14, núm. 3, 2016, pp. 679 e ss.

⁴⁹ International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, *cit.*, para. 49 e ss.

⁵⁰ *Ibidem*, para. 36.

representantes legais que revelaram intenções suicidas e a ocorrência de transtorno do estresse pós-traumático.⁵¹ Há de se destacar, ademais, que o Tribunal foi levado a refletir também sobre os efeitos econômicos e sociais da violação. Nesse sentido, muitas vítimas relataram que foram rejeitadas ou excluídas socialmente, o que levou ao desemprego e consequentemente à desestruturação familiar.⁵²

Neste ponto, cabe a seguinte indagação: Seria apropriado a um Tribunal Penal Internacional discutir de modo tão detalhado as maneiras que os abusos afetaram a vida e o cotidiano das pessoas? Poderia argumentar-se que não, pois ao relatar as consequências de um crime de tamanha gravidade, o acusado seria prejudicado em seu direito a um julgamento justo, ou ainda que às vítimas e testemunhas compete tão somente apresentar provas à Corte, e não expor suas necessidades ou emoções.

Porém, concordamos com Natalya Clark que o fato de a Câmara de Julgamento ter discutido os efeitos das violações e as necessidades das vítimas —a curto e longo prazo— é extremamente importante para o desenvolvimento da justiça penal internacional. Primeiro, porque individualiza as vítimas, ou seja, não são contadas apenas como números e estatística ou como meros instrumentos processuais para definição de culpa de um acusado. Em segundo lugar, há que se considerar que o TPI, a contrário dos tribunais internacionais que o antecederam, possui mecanismos para responder e reparar as necessidades das vítimas (veja-se por exemplo o poder estabelecido no Estatuto de Roma de determinar ações reparatórias e a criação do Trust Fund para beneficiar as vítimas). Portanto, ao conceder voz às vítimas para que tragam as suas realidades à sala de julgamento, dá-se a oportunidade ao TPI de superar algumas das circunstâncias sócio-políticas que condicionam a realidade pós-conflito, e, do mesmo modo, de desenvolver uma justiça que une o elemento retributivo ao restaurativo.⁵³

C. *Análise dos propósitos do cometimento do crime*

Ao observar a jurisprudência do TPIY e TPIR, percebe-se que, em alguns casos, esses Tribunais refletiram acerca dos motivos que levaram os autores

⁵¹ *Ibidem*, para. 38.

⁵² Manning, Colin, *op. cit.*, p. 12.

⁵³ Clark, Janine Natalya, *op. cit.*, p. 681.

dos abusos sexuais a cometerem os seus atos. No caso *Mucic*, por exemplo, a Secção de Julgamento afirmou que os abusos foram cometidos como forma de obter informações, coagir a vítima ou puni-la pelos atos de terceiros. No caso *Furundzija*, percebeu-se, igualmente, que alguns dos abusos significavam uma punição pela não divulgação de informações que os acusados gostariam de obter.⁵⁴

Do mesmo modo, a Secção de Julgamento em 1a. instância discutiu em Bemba Gombo os propósitos e motivos das violações cometidas pelos soldados do MLC. Porém, com uma característica importante: não se discutiram apenas os motivos imediatos, ou os propósitos que o ato em si pretendia alcançar; em vez disso, o Tribunal enfatizou os motivos socioeconômicos ou conjunturais que levaram os soldados a cometerem os crimes sexuais. Este fato se mostrou essencial para delimitar a extensão da responsabilidade criminal do oficial.

O Tribunal identificou que i) as tropas não recebiam uma compensação financeira adequada, e praticavam saques e violações como uma forma de “auto-compensação”;⁵⁵ ii) alguns dos soldados diziam às vítimas que estavam famintos. Há de se levar em consideração que o modo de responsabilidade arguido nesse caso foi a responsabilidade de comando.⁵⁶ Ora, se os soldados a cargo de Bemba Gombo estavam saqueando e violando por não estarem sendo pagos, a Secção de Julgamento entendeu que ele não havia tomado as medidas razoavelmente necessárias, dentro de seus poderes no contexto operacional específico do MLC, para reprimir ou evitar os crimes, e, assim, foi considerado culpado pela command responsibility. Com isso, a Secção de Julgamentos do TPI implicitamente afirmou que para se obter uma justiça criminal internacional adequada e proporcional, não basta adotar uma abordagem puramente centrada na vítima, mas deve-se analisar também os fatores macro e micro de causalidade que levaram ao cometimento dos crimes internacionais.

⁵⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, vide Fiske, Lucy and Shackel, Rita, “Ending Rape in War: How far Have We Come?” *Cosmopolitan Civil Societies*, Sydney, vol. 6, núm. 3, 2014, p. 127 e ss.

⁵⁵ International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, cit., para. 47.

⁵⁶ Sacouto, Susana and Sellers, Patricia Viseur, “The BEMBA Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, vol. 27, núm. 3, 2019, p. 599.

2. Decisão da Secção de Recursos

Em junho de 2018, a Secção de Recursos do TPI absolveu Bemba Gombo, em uma decisão apertada (3-2). O Tribunal entendeu *inter alia* que a condenação havia excedido os fatos e circunstâncias descritas nas acusações e, portanto, a Secção de Julgamento não poderia ter emitido um veredito.⁵⁷

A maioria da Secção de Recursos considerou que, tanto o Procurador, como o juízo de instrução, eram obrigados a detalhar todos os atos criminosos cometidos pelos soldados de Bemba e que, sem essa averiguação, a Secção de Julgamento não tinha permissão para incluir esses atos em sua decisão de condenação.

Para melhor esclarecimento do conteúdo dessa decisão, as etapas processuais no TPI podem ser resumidas em: inquérito, mandado de detenção, juízo de instrução, julgamento em primeira instância, e recursos. O artigo 61 do Estatuto de Roma trata da “apreciação da acusação antes do julgamento”, prevendo que, num prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou a sua comparência voluntária, o juízo de instrução realizará uma audiência para apreciar os factos constantes da acusação com base nos quais o procurador pretende requerer o julgamento. Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o juízo de instrução decidirá se existem provas suficientes de que o arguido cometeu os crimes que lhe são imputados. Caso decida afirmativamente, o juízo de instrução declarará procedente a acusação e remeterá o arguido para o juízo de julgamento em 1a. instância (artigo 61, 7).

O juízo de instrução surge da necessidade de uma verificação preliminar, desde o início, para garantir que existem evidências suficientes para justificar um julgamento, evitando, assim, detenções prolongadas, antes e durante o processo. A chamada “audiência de confirmação” foi projetada, nesse sentido, para eliminar os casos que claramente não têm base para prosseguir. Nesse momento do processo, o Procurador deve apresentar provas de que há “razões substanciais para acreditar” que a pessoa cometeu o crime alegado. Do mesmo modo, o juiz de instrução, para confirmar as acusações, precisa apenas atestar a existência dessas razões substanciais. Trata-se de um padrão que se situa entre o “motivos razoáveis para credi-

⁵⁷ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Jeajn-Pierre Bemba Gombo*, *cit.*, Judgment, para. 2.

tar” —necesário para ordenar detenção— e o “além de qualquer dúvida razoável” —para condenação.⁵⁸

Importa destacar que os tribunais penais internacionais tradicionalmente empregaram padrões de precisão relativamente brandos nas acusações prévias ao julgamento, permitindo ao Procurador, inclusive, uma ampla latitude para emendar ou complementar as acusações.⁵⁹ Basta referir que, no âmbito do Estatuto de Roma, antes da audiência de instrução, o Procurador pode reabrir o inquérito e alterar ou retirar parte dos fatos constantes da acusação, devendo ser o arguido notificado em tempo razoável, antes da realização da audiência (artigo 61º, 4); e, após declaração de procedência das acusações e antes do início do julgamento em 1a. instância, o procurador pode, mediante autorização do juízo de instrução e notificação prévia do arguido, alterar alguns fatos constantes da acusação (artigo 61, 9).

Com base nesse quadro normativo, e na jurisprudência da Corte, ocorreram o juízo de instrução e julgamento em 1a. instância de Bemba Gombo. Ao apreciar as alegações do réu, contudo, a Seção de Recursos considerou que “simplesmente listar as categorias de crimes pelos quais uma pessoa deve ser acusada ou declarar, em termos gerais, os parâmetros temporais e geográficos da acusação”⁶⁰ não são suficientes para cumprir os requisitos das regras do Tribunal e não permite uma aplicação significativa do artigo 74 (2) do Estatuto, i.e., julgamento em primeira instância.

Alex Whiting apresenta críticas à decisão, no sentido de que os procedimentos no TPI precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira que garanta que os direitos do acusado sejam totalmente protegidos, ao mesmo tempo que se reconheça que os processos de atrocidades internacionais são extremamente complexos e dinâmicos, especialmente quando as acusações são contra comandantes por crimes em massa. A esse respeito, um caso do TPI não pode ser comparado a um caso doméstico usual, no qual a maioria, senão todas as evidências, podem ser obtidas e “trancadas” muito antes do julgamento. No caso Bemba, 17 meses se passaram entre a decisão de

⁵⁸ Whiting, Alex, “Appeals Judges Turn the ICC on its Head with Bemba decision”, *Just Security*, 2018. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/57760/appeals-judges-turn-icc-head-bemba-decision>.

⁵⁹ Middle East and North Africa Financial Network, “Bemba acquittal overturns important victory for sexual violence victims”, 2018.

⁶⁰ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Jeajn-Pierre Bemba Gombo*, *cit.*, Key Findings, para. 4.

confirmación e o início do julgamento; durante esse período, novas evidências surgem. Desde que o réu receba notificação adequada das acusações e provas contra ele, como ocorreu neste caso, não há razão para que novas evidências não se tornem parte do julgamento e, de fato, seria injusto deixá-las de fora.⁶¹

A decisão também traz implicações ao trabalho do Procurador. Com efeito, a Procuradora do TPI, após o julgamento, demonstrou preocupação em relação à maneira pela qual a Acusação deveria doravante investigar casos que envolvem criminalidade em massa.

O nível de detalhe que o Procurador pode agora ser requerido a incluir nas acusações pode dificultar o julgamento de casos futuros que envolvam extensas campanhas de vitimização, especialmente quando o acusado não é um perpetrador direto, mas um comandante distante da cena do suposto crimes, mas que podem assumir responsabilidade criminal como superior, tendo controle efetivo sobre os autores, seus subordinados.⁶²

No mesmo sentido, a decisão final desperta atenção quanto aos critérios e aplicação da revisão das provas. De acordo com o entendimento da Secção de Recursos, é de sua responsabilidade avaliar se a Secção de Julgamento aplicou ou não o *standard of proof* corretamente. O acusado não precisa provar que a secção de julgamento cometeu um erro de fato. É suficiente identificar fontes de dúvida sobre a precisão das constatações da secção de julgamento para obrigar a secção de recursos a revisar independentemente o raciocínio da secção de julgamento com base nas evidências disponíveis.⁶³ Assim, “a Secção de Recursos deve estar convencida de que as constatações factuais feitas além de qualquer dúvida razoável são claras e inatacáveis, tanto em termos de evidência quanto de justificativa. Consequentemente, quando a Secção de Recursos for capaz de identificar descobertas que possam ser razoavelmente colocadas em dúvida, deve revogá-las”.⁶⁴

⁶¹ Whiting, Alex, *op. cit.*, p. 2.

⁶² “Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Recent Judgment of the ICC Appeals Chamber Acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo”, 13 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>.

⁶³ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Jeajn-Pierre Bemba Gombo, cit.*, Key Findings, para. 2.

⁶⁴ *Ibidem*, para. 3.

A Procuradora do TPI considera que a maioria da Secção de Recursos afastou-se do modelo tradicional de revisão de erros factuais, que havia sido aplicado de forma consistente não apenas pela Secção de Recursos do TPI, mas também pelos Tribunais *ad hoc* da ONU. De acordo com esse padrão tradicional de revisão, a Secção de Recursos normalmente defere a avaliação das evidências feitas pela Secção de Julgamento, a menos que a parte apelante demonstre que esta não poderia ter razoavelmente alcançado as conclusões de fato sobre as evidências disponíveis. Aparentemente, a maioria deixou de lado esse teste, substituindo-o por uma abordagem que sugere que, quando a própria Secção de Recursos conseguir identificar descobertas que possam ser razoavelmente colocadas em dúvida, elas devem ser anuladas.

Leila Sadat traz à reflexão que as Secções de Julgamento foram normativamente arquitetadas e posicionadas para ouvir, avaliar e pesar as provas apresentadas no julgamento, de tal forma que a Secção de Recursos deve conferir uma “margem de deferência”⁶⁵ à avaliação das provas pela Secção de Julgamento. Ademais, qualquer afastamento de decisões anteriores deve ser feito com cautela e a devida justificação, sob o risco de se pôr em xeque a própria consistência, previsibilidade e autoridade do sistema jurídico.⁶⁶

Alex Whiting leciona que essa nova abordagem permite à Secção de Recursos revisar todo o processo e chegar a sua própria conclusão, sem levar em consideração as conclusões da Secção de Julgamento. No caso concreto, prossegue o autor, “foi precisamente o que a Secção de Recursos fez, selecionou algumas evidências com as quais discordou e baseou-se nelas para chegar a uma conclusão diferente sobre a culpabilidade de Bemba, com um foco particular na questão de saber se ele fez tudo o que pôde para impedir ou reprimir crimes de seus soldados”,⁶⁷ que passamos a analisar a seguir.

A Secção de Recursos reconsiderou a condenação de Bemba sob a responsabilidade de comando. Entendeu que a Secção de Julgamento determinou indevidamente que Bemba não tomou as medidas “necessárias e razoáveis” para impedir ou punir os seus subordinados pela prática de crimes

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Sadat, Leila, “Fiddling while Rome Burns? The Appeals Chamber’s Curious Decision in *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, *EJIL TALK!*, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/fiddling-while-rome-burns-the-appeals-chambers-curious-decision-in-prosecutor-v-jean-pierre-bemba-gombo>.

⁶⁷ Whiting, Alex, *op. cit.*, p. 2, tradução nossa.

internacionais.⁶⁸ Em particular, afirmou que foram feitas interpretações sem fundamento sobre a intenção de Bemba, e questionou o uso, pela Secção de Julgamento, de um padrão de conduta sobre o que Bemba deveria ter feito, sem o réu ter sido anteriormente informado desse padrão.⁶⁹

A decisão, nesse ponto, tem recebido críticas da doutrina. Diane Amann defende que a elaboração de uma lista de medidas que deveriam ter sido tomadas pelo comandante, como forma de determinar se o réu fez ou não tudo o que podia para impedir os crimes de suas tropas, é a maneira razoável e tradicional de se averiguar a responsabilidade.⁷⁰ De fato, a Secção de Julgamento em Bemba fez isso. Mas a Secção de Recursos objetou ao uso dessa forma de responsabilização, caracterizando esse uso de listagem como um aviso não noticiado previamente e injusto ao réu de que tais possibilidades seriam levadas em consideração. Para Anman, a decisão acaba por evidenciar “pouca consideração pelas raízes éticas da doutrina que impõe deveres adicionais de cuidado aos líderes militares; a maioria transformou, assim, a responsabilidade de comando em uma advertência com pouco efeito, um fardo legal facilmente evitado”.⁷¹ Embora não pertença ao escopo primário do presente trabalho, concordamos com Gurgun Petrossian que essa absolvição é um exemplo claro de que a doutrina da responsabilidade de comando ainda está em desenvolvimento na seara internacional⁷².

O julgamento de Bemba pode sinalizar uma mudança de direção para o TPI, no sentido de que outros casos também apresentaram ambiguidades e inconsistências processuais, com desfechos diferentes. No caso Lubanga, por exemplo, todos os testemunhos foram anulados. Lubanga ainda foi condenado, mas recebeu uma sentença relativamente leve.⁷³ O caso Bemba, diferentemente, é o primeiro que resultou em absolvição. Apesar de absol-

⁶⁸ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Jeajn-Pierre Bemba Gombo*, cit., Mertis, para. 138.

⁶⁹ *Ibidem*, para. 7.

⁷⁰ Amann, Diane Marie, “In Bemba and Beyond, Crimes Adjudged to Commit Themselves”, *EJIL TALK!*, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/in-bemba-and-beyond-crimes-adjudged-to-commit-themselves>.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Petrossian, Gurgun, “Elements of Superior Responsibility for Sexual Violence by Subordinates”, *Manitoba Law Journal*, Winnipeg, vol. 42, núm. 3, 2019, p. 125.

⁷³ International Criminal Court, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. No: ICC-01/04-01/06 A 5.

vições como essa, por questões processuais, trazerem uma sensação, em especial para as vítimas, de que a justiça material não foi satisfatoriamente alcançada, argumenta-se, por outro lado, que constituem o preço que deve ser pago para manter os princípios fundamentais de equidade e integridade do processo judicial.

V. CONCLUSÕES

O reconhecimento das múltiplas formas de violência sexual como crimes internacionais tem sido lento e, por vezes, inconsistente. Os desenvolvimentos mais importantes, tanto no plano material como no plano processual, ocorreram nos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a Iugoslávia. Esses desenvolvimentos foram posteriormente consolidados e expandidos pelo Tribunal Penal Internacional, que hoje tem à sua frente o desafio de, enquanto depositária da confiança de 124 países, processar e julgar os crimes considerados mais graves para a comunidade internacional, além de oferecer, de algum modo, medidas reparatórias às vítimas, de forma que possam ter reconstruídas suas vidas no período pós-conflito.

Ao atribuir a Bemba a responsabilidade pelas violações cometidas por combatentes sob seu comando, o julgamento de 2016 foi considerado um importante avanço para o direito penal internacional, por tornar a violência sexual um elemento central das acusações, algo que até então se mostrava ausente das sentenças e acusações no âmbito do direito internacional penal.

Lamentavelmente, no caso mais grave de violência sexual e de gênero decidido por um Tribunal Internacional até o momento, quando há uma necessidade aguda de enviar um sinal claro, a nível global, de que tais crimes repulsivos não devem ficar impunes, a decisão final ficou caracterizada por um afastamento “significativo e inexplicável”⁷⁴ da jurisprudência anterior da Corte e substituição por novas, incertas e não testadas normas.

Da absolvição inesperada e apertada de Bemba Gombo, cumpre-nos enfatizar que, quase duas décadas após a entrada em vigor do Estatuto de Roma,

⁷⁴ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, 13 de Junho de 2018, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>.

momento em que se vem solidificando o papel primordial do TPI para uma eficaz proteção multinível dos direitos humanos, essa Corte ainda não emitiu uma única decisão condenatória final por crimes de violência sexual.

VI. BIBLIOGRAFIA

- AMANN, Diane Marie, “In Bemba and Beyond, Crimes Adjudged to Commit Themselves”, *EJIL TALK!*, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/in-bemba-and-beyond-crimes-adjudged-to-commit-themselves>.
- BUSS, Doris, “Rethinking Rape as a Weapon of War”, *Feminist Legal Studies*, vol. 17, núm. 2, 2009.
- CLARK, Janine Natalya, “The First Rape Conviction at the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol. 14, núm. 3, 2016.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Direito internacional público*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco, *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*, dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.
- FIDALGO, Sofia, “Os crimes sexuais no direito internacional penal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 83, 2007.
- FISKE, Lucy e SHACKEL, Rita, “Ending Rape in War: How far Have We Come?” *Cosmopolitan Civil Societies*, Sydney, vol. 6, núm. 3, 2014.
- FITZGERALD, Kate, “Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and other Sexual Assaults under International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 4, 1997.
- GOETHE-INSTITUT DE LISBOA, *Direito penal internacional para a proteção dos direitos humanos*, Lisboa, Fim de Século Edições, 2003.
- JOSEPH, Sarah e KYRIAKAKIS, Joanna, “The United Nations and Human Rights”, JOSEPH, Sarah e MCBETH, Adam (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Cheltenham, Edward Elger, 2010.
- KAUL, Hans Peter, “The Protection of Human Rights through the International Criminal Court as a Contribution to Constitutionalization and Nation-Building”, Human Rights-International Criminal Court, The

Hague, 2011. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/33E021F0-8672-4210-8170-790E380A1AA1/282948/FINAL_Speech_Panel3_ICC_Features_Challenges.pdf.

MACHADO, Jónatas, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 3a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MANNING, Colin, *Development of International Criminal Law of Sexual Violence*, SSRN, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2728700>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 10a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

NJOROGE, Fraciah Muringi, “Evolution of Rape as a War Crime and a Crime against Humanity”, SSRN, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2813970>.

PAULUS, Andreas, “Do direito dos Estados ao direito da humanidade? A instituição de um Tribunal Penal Internacional e o desenvolvimento do Direito Internacional”, *Direito Penal Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos*, Lisboa, Fim de Século Edições, 2003.

PETROSSIAN, Gurgem, “Elements of Superior Responsibility for Sexual Violence by Subordinates”, *Manitoba Law Journal*, Winnipeg, vol. 42, núm. 3, 2019.

PIOVESAN, Flávia e KAMIMURA, Akemi, “Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 1, 2017.

QUITTER, Bridget, “Rape as a War Crime—Prosecution of Sexual Violence in the International Community”, SSRN, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2498208>.

SACOUTO, Susana e SELLERS, Patricia Viseur, “The BEMBA Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, vol. 27, núm. 3, 2019.

SADAT, Leila, “Fiddling while Rome Burns? The Appeals Chamber’s Curious Decision in *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, *EJIL TALK!*, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/fiddling-while-rome-burns-the-appeals-chambers-curious-decision-in-prosecutor-v-jean-pierre-bemba-gombo>.

SOUZA, Jefferson Lima de, “O diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos direitos fundamentais”, em MARTINS, Ana Maria Guerra

- (coord.), *A proteção multinível dos direitos fundamentais: estudos sobre diálogo judicial*, Lisboa, AAFDL, 2019.
- STEINER, Sylvia, “Discurso de abertura”, em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto e SILVA, João Miguel (orgs.), *O Tribunal Penal Internacional e a transformação do direito internacional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2006.
- WHITING, Alex, “Appeals Judges Turn the ICC on its Head with Bemba decision”, *Just Security*, 2018. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/57760/appeals-judges-turn-icc-head-bemba-decision>.
- ZORRILA, Mainer, *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, 2005.

***Backlash* contra o sistema interamericano
de direitos humanos. Uma análise
sobre o caso Venezuela**

***Backlash against the Inter-American Human
Rights System. An Analysis of the Venezuela Case***

***Backlash contre le système interaméricain
des droits de l'homme. Une analyse
de l'affaire Venezuela***

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *O caso Venezuela: contextualização fática*. III. *A Venezuela perante os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos*. IV. *A Opinião Consultiva solicitada pela Colômbia à Corte Interamericana de Direitos Humanos*. V. *Do regime jurídico interamericano aplicável ao caso*. VI. *Backlash Theory e os atos praticados pela Venezuela*. VII. *Argumentos que corroboram a ineficácia do backlash praticado pela Venezuela*. VIII. *Das consequências jurídicas dos atos de backlash praticados pela Venezuela*. IX. *Considerações finais*. X. *Referências bibliográficas*.

* Universidade Federal de Uberlândia, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-5711>, crmloureiro@gmail.com.

Artículo recibido el 2 de abril de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 831-865
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O objetivo do artigo é analisar o movimento de ataque às instituições internacionais a partir do caso da Venezuela na visão da teoria denominada *backlash* e os prejuízos à cláusula democrática no sistema interamericano de direitos humanos. O trabalho abordará a situação da Venezuela perante o ordenamento jurídico doméstico e diante dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos para contextualizar os efeitos do *backlash* no sistema interamericano, bem como as consequências da denúncia dos tratados internacionais e a retirada da Organização Internacional para a cláusula democrática e para a prevalência dos direitos humanos. O desenvolvimento do trabalho seguirá o método dedutivo, com a análise jurisprudencial e doutrinária relativa ao tema, no sentido de afirmar que não pode um Estado exonerar-se do dever de cumprir com os direitos humanos em razão da universalidade desses direitos, do direito transnacional e da globalização.

Palavras-chave: sistema interamericano de direitos humanos, *backlash*, denúncia a tratado internacional, retirada de organização internacional, ofensa à cláusula democrática.

ABSTRACT: The objective of the article is to analyze the movement of attack on international institutions from the case of Venezuela in the view of the theory called *backlash* and the damage to the democratic clause in the inter-american system of human rights. The work will address the situation of Venezuela before the domestic legal system and international systems of human rights protection to contextualize the effects of *backlash* in the inter-american system, as well as the consequences of the denunciation of international treaties and the withdrawal of the International Organization for the democratic clause and the prevalence of human rights. The development of the work will follow the deductive method, with jurisprudential and doctrinal analysis on the subject, to conclude that a State must observe human rights due to the universality of these rights, transnational law and globalization.

Key words: inter-american human rights system, *backlash*, denunciation of the international treaty, withdrawal of the international organization, offense to the democratic clause.

RÉSUMÉ: L'objectif de l'article est d'analyser le mouvement d'attaque contre les institutions internationales sur la base du cas du Venezuela à la lumière de la théorie appelée contrecoup et les dommages à la clause démocratique du système interaméricain des droits de l'homme. Les travaux porteront sur la situation du Venezuela devant le système juridique national et les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme pour contextualiser les effets du contrecoup dans le Système Interaméricain, ainsi que les conséquences de la dénonciation des traités internationaux et du retrait de l'Organisation internationale pour la clause la démocratie et la prévalence des droits de l'homme. Le développement de l'ouvrage suivra la méthode déductive, avec l'analyse jurisprudentielle et doctrinale sur le sujet, dans le sens d'affirmer qu'un État ne peut pas s'exonérer du devoir de respecter les droits de l'homme en raison de l'universalité de ces droits, du droit transnational et de la mondialisation.

Mots-clés: système interaméricain des droits de l'homme, contrecoup, dénonciation d'un traité international, retrait d'une organisation internationale, infraction à la clause démocratique.

I. INTRODUÇÃO

Os ataques às instituições internacionais motivaram a realização do estudo sobre a teoria denominada *backlash* e como ela influencia a estabilidade, a efetividade e a eficácia precisamente do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Recentemente, na América Latina, verifica-se uma corrente de quebra da cláusula democrática nos sistemas domésticos de alguns países, o que dá ensejo ao ataque às instituições interamericanas e internacionais, com a finalidade de enfraquecer o sistema e de rechaçar a proteção internacional dos direitos humanos para a perpetuação do poder autoritário.

O trabalho seguirá o método dedutivo, com a revisão bibliográfica e jurisprudencial para defender a ideia de que os ataques às instituições democráticas internacionais refletem a prática do *backlash*.

Inicialmente, o artigo fará a narrativa dos fatos envolvendo a Venezuela para efeito de contextualização da teoria mencionada, a fim de demonstrar que a postura daquele País tem a finalidade de enfraquecer a legitimidade do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos com a severa contestação de sua autoridade e capacidade, o que pode ser confirmado a partir da constatação da situação da Venezuela perante os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, bem como perante o Tribunal Penal Internacional.

Na sequência, o trabalho analisará a relação que existe entre a Opinião Consultiva solicitada pela Colômbia à Corte Interamericana de Direitos Humanos com a postura da Venezuela de se retirar da OEA e de denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos e abordará quais são as consequências jurídicas dos atos de *backlash* praticados pela Venezuela.

Além disso, o trabalho afirmará que existem determinadas obrigações que são inderrogáveis para os Estados por decorrerem do contexto das normas de natureza *jus cogens*, do direito costumeiro e da transnacionalidade das relações travadas no âmbito da globalização.

O trabalho concluirá que, em que pese o Estado tenha o direito de se retirar de uma organização internacional e de denunciar um tratado internacional, seus atos unilaterais nem sempre alcançarão o efeito de exonerá-lo do cumprimento de suas obrigações em relação aos direitos humanos, se

forem praticados em desrespeito às instituições democráticas domésticas e em razão de sua universalidade.

II. O CASO VENEZUELA: CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA

Desde de abril de 2017, a Venezuela tem presenciado protestos contra o regime do presidente Nicolas Maduro, denominado de “Plano Zamorra”, após a Suprema Corte assumir os poderes da Assembleia Geral e limitar as imunidades parlamentares, o que a oposição denominou de golpe, uma vez que o governo reorganizou a divisão dos poderes e deflagrou novas eleições.

Em 1.04.2017, o presidente Nicolas Maduro anunciou que iniciaria o processo para retirar a Venezuela da Organização dos Estados Americanos, depois que membros da Organização se reunirem para discutir a situação da Venezuela. Em 1.05.2017, após o anúncio do Presidente Maduro de que instituiria uma nova Assembleia Nacional Constituinte, para elaborar uma nova Constituição, houve uma sequência de protestos seguidos do anúncio de participação das forças oficiais da polícia e militares, bem como de grupos civis armados para conter as manifestações.

A eleição para a ANC foi realizada em 30.07.2017 e o presidente Maduro obteve as 545 cadeiras na nova Assembleia, o que foi criticado pela oposição, por outros países e por organizações internacionais, pela conotação fraudulenta. Fontes anunciaram que as forças de segurança dos Estados atuaram com força excessiva para controlar os protestos, o que resultou em mortes e pessoas feridas entre abril e julho de 2017. Além disso, protestantes foram levados às cortes militares e as pessoas presas foram vítimas de abuso e de tratamento desumano.

Em 20.05.2018, novas eleições foram realizadas e Maduro foi reeleito para mais um mandato de 6 anos, resultado que foi contestado sob alegação de fraude e de irregularidades. O Grupo Lima, composto por 14 Estados Latino-Americanos e pelo Canadá, decidiu não reconhecer a legitimidade do governo Maduro sob a alegação de que o governo não respeitou os *standards* internacionais para um processo democrático, justo, livre e transparente.

A crise econômica, política e financeira da Venezuela tem causado a migração involuntária dos venezuelanos, sendo que mais de 3,4 milhões de nacionais daquele país migraram para outros países próximos, especialmente Brasil e Colômbia, devido ao receio de ficar sem comida, sem remédio e sem acesso aos serviços sociais básicos de seu país.¹

A situação é tão grave que chamou a atenção dos Sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, conforme será analisado a seguir.

III. A VENEZUELA PERANTE OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A situação de degradação dos direitos humanos na Venezuela despertou a preocupação do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, que publicou Resolução ressaltando as violações aos direitos humanos e abusos cometidos nos protestos que ocorreram na Venezuela de 01.04 a 31.07.2017.²

¹ Sobre a situação da Venezuela, consultar: Dooy, Shannon *et al.*, “Venezuelan Migration and the Border Healthy Crisis in Colombia and Brazil”, *Journal on Migration and Human Security*, Baltimore, núm. 3, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2331502419860138>; United Nations High Commissioner for Human Rights, “Venezuela Situation. Responding to the Needs of People Displaced from Venezuela, Supplementary Appeal”, 2018. Disponível em: <https://www.unhcr.org/partners/donors/5ab8e1a17/unhcr-2018-venezuela-situation-supplementary-appeal-january-december-2018.html>; Bahar, Dany *et al.*, “Integrating Venezuelans into the Colombian Labor Market. Mitigating Costs and Maximizing Benefits”, *Global Economy and Development at Brookings*, 2018. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/12/Venezuelan-Migrants_English.pdf; Ramsey, Geoff e Sanchez-Grazoli, Gimena, “Responding to an Exodus, Venezuela’s Migration and Refugees Crisis as Seen from the Colombian and Brazilian Borders”, *WOLA, Advocacy for Human Rights in the Americas*, Research Report, jul. de 2018. Disponível em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2018/07/Final-VZ-Migration-Report-Final.pdf>; Human Rights Watch, “The Venezuelan Exodus, the Need for International Protection and the Region’s Response”, 2018. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2018/09/03/322156>.

² *Cf.*, Resolução do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-pede-que-venezuela-aceite-assistencia-humanitaria/>.

O Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou em 27.09.2019, em Genebra, uma Resolução para criar um órgão independente para investigar os crimes cometidos na Venezuela desde 2014, com o objetivo de documentar abusos e violações visando a responsabilização internacional do Estado.³ Consta que a missão trabalhará em cooperação com o Tribunal Penal Internacional para compartilhamento de provas, informações e documentos, uma vez que o caso já está em Investigação Preliminar perante o Tribunal Penal Internacional, desde fevereiro de 2018.⁴

Por sua vez, a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), órgão autônomo e independente, pertencente ao sistema interamericano, elaborou o relatório sobre a situação dos direitos humanos na Venezuela, que foi aprovado em 31.12.2017, o que foi motivado pela grave deterioração dos direitos humanos no país e pela grave crise política, econômica e social que se intensificou em 2017, com a indevida ingerência do Poder Executivo nos demais poderes, com impacto no princípio da separação dos poderes.⁵

Ao elaborar o relatório, a CIDH analisou detalhadamente a situação dos direitos humanos no país frente ao Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.⁶ Concretamente, a CIDH centrou a sua análise nas obrigações contidas na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e na Carta da OEA do mesmo ano, bem como em outros tratados interamericanos, o que resultou na elaboração de algumas recomendações.⁷

³ “O Conselho de Direitos Humanos adotou esta sexta-feira, em Genebra, uma resolução para criar um órgão independente para investigar crimes cometidos na Venezuela desde 2014. A Resolução foi apresentada pelo Grupo de Lima, formado por 10 países, incluindo Brasil e Canadá. Foi aprovada com 19 votos a favor e sete contra”. Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688872>.

⁴ International Criminal Court, “Report on Preliminary Examination Activities”, Haia, 2018, p. 43. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>.

⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “Relatório da Venezuela de 2017”, Washington DC, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela-2018-es.pdf>.

⁶ *Ibidem*, pp. 29-44.

⁷ *Ibidem*, p. 43: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu o seu relatório com as seguintes Recomendações à Venezuela: a) o dever de o País ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e de reconhecer da competência da Corte

Por outro lado, a situação de degradação dos direitos humanos na Venezuela chamou a atenção e despertou a preocupação do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, que publicou uma Resolução⁸ ressaltando as violações aos direitos humanos e abusos cometidos nos protestos que ocorreram na Venezuela de 1.04 a 31.07.2017. Além disso, o Conselho Permanente da OEA concordou em não reconhecer a legitimidade do governo no período de Nicolas Maduro a partir de 10.01.2019.⁹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou, ainda, a Resolução n° 2/2018 sobre a situação da Venezuela, onde ressalta a grave e generalizada ausência de proteção do Estado e a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos venezuelanos.¹⁰

Além disso, a situação da Venezuela já é objeto de análise pelo Tribunal Penal Internacional, como se pode verificar do Relatório de Atividades de Exames Preliminares, em exame desde fevereiro de 2018, após o Gabinete da Procuradora ter recebido 110 comunicações que pleiteiam a aplicação do artigo 15 do Estatuto de Roma de 1998 em relação aos eventos que vem ocorrendo desde abril de 2017 na Venezuela.¹¹ É preciso ressaltar que o Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre o caso uma vez que a Venezuela depositou seu instrumento de ratificação ao Estatuto de Roma em 7.6.2000.

Interamericana de Direitos Humanos; b) a necessidade de a Venezuela reverter a decisão de se retirar da OEA; c) o dever de a Venezuela tornar sem efeito as medidas que impedem as pessoas de deixarem o território venezuelano e de solicitar asilo ou outra forma de proteção em outro Estado”.

⁸ Resolução do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, *op. cit.*

⁹ *Cfr.* Organização dos Estados Americanos, Resolução núm. 2929/2018, Washington DC, 2018, https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-001/19; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰ *Cfr.* Organização dos Estados Americanos, Resolução núm. 2/2018, Washington DC, 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-2-18-pt.pdf>.

¹¹ *Cfr.* International Criminal Court, *op. cit.*, p. 29: “Em 27/09/2019, o Gabinete da Procuradora recebeu uma remessa de um grupo de Estados-Partes do Estatuto (Argentina, Canadá, Colômbia, Chile, Paraguai e Peru) a respeito da situação da Venezuela, com base no artigo 14 do Estatuto de Roma de 1998, requerendo que a Procuradoria inicie uma investigação sobre a alegação de crimes contra a humanidade cometidos no território da Venezuela desde 12/02/2014, utilizando-se do Relatório da Organização dos Estados Americanos sobre a Venezuela como fonte. Em 28/09/2018, a Presidência do Tribunal encaminhou a situação da Venezuela para a Câmara de Pré-julgamento I.”

IV. A OPINIÃO CONSULTIVA SOLICITADA PELA COLÔMBIA À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A República da Colômbia solicitou, em abril de 2019, Opinião Consultiva¹² à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com fulcro no artigo 64.1 do Pacto de San José da Costa Rica,¹³ uma vez que é Estado-membro da OEA e Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como em conformidade com as estipulações dos parágrafos 1º e 2º do artigo 70 do Regulamento da Corte.¹⁴

A consulta se refere às obrigações em matéria de direitos humanos e aos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos existentes nos países que pretendem abandonar o sistema interamericano de direitos humanos ao denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta da Organização dos Estados Americanos com a tentativa de deixar de ser membros da organização internacional regional.¹⁵

A Declaração Americana é o texto que determina quais são os direitos humanos a que se referem a Carta da OEA para os Estados membros da Organização, além de constituir fonte das obrigações internacionais para

¹² Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Parecer Consultivo solicitado pela Colômbia em abril de 2019”, Costa Rica, 2019. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_por.pdf.

¹³ Cf. Artigo 64.1 do Pacto de São José da Costa Rica, 1969: “Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos”.

¹⁴ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-1/82, Costa Rica, 1982, parágrafo 34. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf; e OC-10/89, parágrafo 44. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf. O artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a competência da Corte para emitir Opiniões Consultivas. Além disso, a competência *ratione personae* da Corte também se aplica pelo fato de a República da Colômbia, Estado solicitante, ser Estado membro da OEA. A Corte também tem competência *ratione loci*, pois a consulta se refere claramente à proteção dos direitos humanos em qualquer Estado americano. Por sua vez, a competência *ratione materiae* também está preenchida, uma vez que a consulta se refere à interpretação da Convenção e de “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, em particular a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.

¹⁵ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Parecer Consultivo...”, *cit.*

estes. Por outro lado, a Convenção Americana é a fonte das obrigações para os Estados partes que não se liberam das obrigações da Declaração por serem membros da OEA.¹⁶

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que a competência consultiva da Corte constitui um método judicial alternativo para a proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, de modo que referida competência não pode resultar numa especulação puramente acadêmica sem a previsibilidade de aplicação a situações concretas que justifiquem o interesse na emissão do parecer.¹⁷

Desse modo, a situação concreta que justifica a emissão do Parecer Consultivo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é o movimento de países latino-americanos no sentido de se desligarem do sistema interamericano, com a denúncia da CADH, bem como da Carta da OEA, o que decorre da prática denominada *backlash*, conforme será demonstrado no artigo.¹⁸

O enfraquecimento da eficácia e da efetividade dos documentos interamericanos ora apontados fortalece os movimentos de contestação e de negação da legitimidade e da autoridade das instituições interamericanas. Por isso, oportuno estudar o regime jurídico interamericano aplicável ao *backlash* em estudo.

¹⁶ Cfr. Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-16/99, Costa Rica, 1999, parágrafo 47. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf; OC-18/03, Costa Rica, 2003, parágrafo 63. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Além de ter competência para emitir pareceres consultivos, a Corte também tem competência para avaliar, em cada pedido concreto, a pertinência de exercer a sua função consultiva, o que tem relação com o princípio da “competência da competência”, que não pode ser discricionário, pois, para abster-se de responder a uma consulta, a Corte necessita fundamentar sua decisão, por exemplo, pela falta de cumprimento dos requisitos da petição, exigidos pela Convenção Americana, conforme dispõe o artigo 66 da Convenção. Ademais, a solicitação de Parecer Consultivo não pode ser usada para obter um pronunciamento prematuro da Corte sobre caso futuro, para obter um pronunciamento indireto sobre um caso em litígio, para debate político, para pronunciamento de temas sobre os quais a Corte já se pronunciou ou para solucionar questões de fato.

¹⁷ Cfr. Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-9/87, Costa Rica, 1987, parágrafo 16. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.

¹⁸ Soley, Ximena e Steininger, Silvia, “Parting Ways or Lashing back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context*, Cambridge, maio de 2018, pp. 237-257. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>.

V. DO REGIME JURÍDICO INTERAMERICANO APLICÁVEL AO CASO

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 é o documento que rege as obrigações dos Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos e que estabelece seus direitos e deveres, ou seja, suas obrigações.¹⁹

O preâmbulo da Declaração preconiza o sentimento de que a finalidade principal de todas as instituições políticas e jurídicas é a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que permitam alcançar a felicidade e que os direitos essenciais do homem não decorrem do vínculo jurídico-político que o ser humano tem com determinado Estado, mas sim de sua condição humana.

Além disso, a Resolução concilia a consagração americana dos direitos do homem com as garantias oferecidas pelos regimes domésticos como um sistema inicial de proteção aos direitos humanos, ressaltando, em seu preâmbulo, a liberdade e igualdade em direitos e dignidade de todos os seres humanos, bem como a fraternidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que os direitos fundamentais garantidos na Carta da OEA são todos aqueles previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que estabelece direitos e deveres para todos os Estados-membros da OEA, principalmente o dever de respeitar os direitos humanos dos seus cidadãos garantidos pela Declaração Americana.²⁰

O artigo 1o. da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 protege o direito à vida e a Comissão Interamericana tem aplicado o conceito de *jus cogens* para abranger determinados direitos previstos na Declaração, que é considerada *soft law*. Assim, a Comissão Interamericana pode emitir Recomendações em relação a determinado

¹⁹ Cfr., Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

²⁰ Cfr. Concepcion, Natasha, “The Legal Implications of Trinidad & Tobago’s Withdrawal from the American Convention on Human Rights”, *American University International Law Review*, Washington DC, núm. 3, 2001, pp. 847-890. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=auilr>.

Estado e, ao constatar que um Estado violou a Declaração, deve iniciar o monitoramento.

A propósito, o artigo 1 (2) (b) do Estatuto da CIDH estabelece que o órgão tem a autoridade para administrar a Declaração Americana em relação aos Estados-membros não pertencentes à Convenção Americana, inclusive em relação aqueles que a denunciaram, caso em que os Estados continuam obrigados a certos direitos decorrentes da Declaração Americana.²¹

Assim, se um Estado denuncia a Convenção Americana, os direitos humanos dos cidadãos continuam protegidos pela Declaração Americana. Entretanto, necessário se faz questionar o que ocorre com os direitos humanos e com a aplicação dos *standards* decorrentes da Declaração Americana quando o Estado denuncia a Carta da OEA, o que será debatido em capítulo apropriado.

Outro documento interamericano a ser interpretado pela Corte no Parecer Consultivo, que compõe o regime jurídico decorrente do sistema interamericano, é a Carta da Organização dos Estados Americanos, documento que tem como objetivo fornecer ao homem uma América, terra de liberdades e ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade para o convívio em paz e com respeito à soberania, independência, igualdade e direito, com base na solidariedade americana e respeito aos direitos essenciais do homem.²²

A Carta da OEA também preconiza a cooperação internacional e o bem-estar de todos, bem como a ideia de que os direitos fundamentais da pessoa humana independem de raça, nacionalidade, credo ou sexo, em decorrência do princípio da igualdade. O documento ainda prevê a liberdade dos Estados para o exercício de sua soberania, desde que com respeito aos direitos da pessoa humana e aos princípios da moral universal.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 é o documento interamericano que tem como fundamento os princípios da democracia, da liberdade pessoal, da justiça social, do respeito aos direitos essenciais do homem e da proteção internacional.²³ A Convenção ainda tem fundamento no valor de que o ser humano só realiza o seu ideal se estiver

²¹ Cfr. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>.

²² Cfr. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.pdf.

²³ Cfr. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

livre da miséria e do temor, realidade que só se alcança com a prevalência dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.

Além disso, a Convenção em apreço deve ser interpretada de modo a não suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades por ela reconhecidos, nem os direitos e garantias inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática e representativa do governo.

O artigo 78 da Convenção Americana estabelece o direito de o Estado denunciar a Convenção, o que, no entanto, não atinge atos pretéritos ao ato unilateral. Entretanto, referida denúncia deve ser feita em atenção em consonância com os *standards* interpretativos da Convenção e dos demais documentos interamericanos, conforme será detalhado oportunamente.²⁴

A prática do *backlash* visa enfraquecer a legitimidade do regime jurídico decorrente do sistema interamericano com o intuito de fomentar o raciocínio de que só se aplicam aos Estados as regras decorrentes da manifestação de sua vontade como decorrência de sua soberania estatal, o que não se aplica em relação aos comportamentos que estão dentro do contexto dos interesses da humanidade, o que será explicado a seguir.

VI. *BACKLASH THEORY* E OS ATOS PRATICADOS PELA VENEZUELA

O contexto fático da Venezuela demonstra que a democracia global tem sido desafiada pela resistência dos Estados em relação às normas, procedimentos e instituições de governança global, com a ameaça dos Estados de retirada das organizações internacionais ou de denúncia dos tratados internacionais, com o *non-compliance*, com o desrespeito às obrigações internacionais e com a recusa em implementar os julgamentos dos sistemas regionais de direitos humanos, fenômeno que vem sendo denominado de *backlash* pelos doutrinadores, o que atinge os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e os ideais de justiça global.²⁵

Referida postura atinge não só os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como os ideais de justiça global incorporados pelos

²⁴ Cfr. Artigo 78 da Convenção Americana de Direitos Humano, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

²⁵ Soley, Ximena e Steinger, Silvia, *op. cit.*, pp. 1 e 2.

sistemas internacionais, especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma forte resistência ou reação contra a efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.²⁶

O *Dicionário Merrien Webster* define *backlash* como “a sudden violent backward movement or reaction” e como “a strong adverse reaction (as to a recent political or social development)”. No mesmo sentido, Jane Manbridge e Shauna Shames definem *backlash* como “the use of coercive power to regain lost power as capacity”.²⁷ Dessa forma, pode-se afirmar que *backlash* refere-se a um processo de resistência dinâmico que vai desde a objeção, passa pela contestação, pela resistência, até desembocar num forte movimento que vai além das reações ordinárias anteriormente citadas.

Pode um Estado, portanto, praticar o *backlash* contra uma instituição internacional, em especial contra um tribunal internacional ao questionar sua efetividade, ao não adaptar seu ordenamento doméstico à instituição, ao não observar um julgamento, ou ao contestar sua autoridade.²⁸

No entanto, a prática do *backlash* não se caracteriza apenas por uma contestação ou reação, que são práticas ordinárias de crítica a um julgamento ou a uma norma em particular, mas sim através de uma resistência sistemática e intensa contra a autoridade de uma instituição internacional ou tribunal internacional. São atos que vão além da resistência e visam reduzir a autoridade, a competência e a jurisdição da Corte.²⁹

Um Estado autoritário só respeitará um sistema internacional de proteção aos direitos humanos se o custo de sua permanência no sistema não atingir sua soberania, não atacar o seu regime e não dificultar sua adapta-

²⁶ A suprema Corte da Argentina entendeu que a Corte IDH agiu *ultra vires* ao tornar um julgamento local sem efeito. *Cfr.* Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Fontevecchia & D’Amico vs. Argentina*, Costa Rica, 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_por.pdf.

²⁷ Soley, Ximena e Steininger, Silvia, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ Ainda a propósito da teoria do *backlash*, *cfr.*: Alter, Karen J. and Zurn, Michael, “Backlash Politics: Introduction to a Symposium on Backlash Politics in Comparison, Forthcoming in the British Journal of Politics and International Relations, as Part of a Special Issue on Backlash Politics in Comparison”, *iCourts Working Paper Series*, Copenhagen, núm. 174, novembro de 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3481735; Ehrhardt, Matthias, “Why Parties Politicize International Institutions: On Globalization Backlash and Authority Contestation”, *Review International Political Economy*, Londres, núm. 6, 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09692290.2013.839463>.

²⁹ Soley, Ximena e Steininger, Silvia, *op. cit.*, p. 6.

ção, caso contrário, o estado iniciará a prática do *backlash*, como forma de retirar a legitimidade de uma instituição ou de um tribunal internacional, a exemplo da Rússia em relação à União Europeia, dos EUA em relação ao Tribunal Penal Internacional, no caso Afeganistão, e do Brasil em face da Corte Interamericana em relação ao caso Gomes Lund.

Assim, a Venezuela inicia a prática do *backlash* quando noticia a sua retirada do sistema interamericano em 28.04.2017 e quando denuncia a Convenção Americana de Direitos Humanos em 10.09.2013, uma vez que a sua permanência no sistema passou a gerar um custo além de suas expectativas, de forma a impedir que o regime autoritário se perpetuasse no poder.

Situação semelhante foi a de Trinidad & Tobago, do Perú, e da República Dominicana, mas cada qual com intensidades e propósitos diferenciados. No caso de Trinidad & Tobago, não se pode afirmar que houve a prática do *backlash*, uma vez que a contestação se dirigiu à aplicação de uma norma específica e não à existência da instituição. Em se tratando do Perú, pode-se afirmar que houve a prática de resistência contra a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em razão de mudanças na política doméstica do país, na era Fujimori. Quanto à República Dominicana, é possível afirmar que ocorreu efetivamente o *backlash*, uma vez que a resistência ao caso da expulsão dos haitianos não ficou restrita apenas ao julgamento, mas atingiu a estrutura e a autoridade da Corte.³⁰

Assim, importante esclarecer que o *backlash* diferencia-se da mera contestação por parte dos Estados a determinadas normas ou ao cumprimento de determinados julgamentos, mas avança para alcançar a autoridade das instituições internacionais, com a finalidade de atingir e reduzir a sua legitimidade, enfraquecendo, conseqüentemente, a concretização dos direitos humanos em determinado sistema.³¹

³⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Hilaire e outros vs. Trinidad & Tobago*, Costa Rica, 2002. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf; *caso Barrios Altos vs. Peru*, Costa Rica, 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>; *caso Pessoas Expulsadas vs. República Dominicana*, Costa Rica, 2014. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.

³¹ A propósito da ideia, cfr. Burchardt, Dana, “Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard”, *Review German Law Journal*, Cambridge, núm. 21, março de 2020, pp.

Foi exatamente o que ocorreu no caso Venezuela, em que a retirada do sistema interamericano e a denúncia à Convenção decorreram de uma postura sistemática e contumaz do Estado no sentido de atacar a autoridade do sistema para vingar o seu estado autoritário, exonerando-se da responsabilidade de proteger, observar e concretizar os direitos humanos naquele país.

Por isso, a prática do *backlash* pela Venezuela contra o sistema interamericano não é somente uma consequência da implantação do regime autoritário no país, mas também configura um ataque ao sistema interamericano de direitos humanos, que se viu desafiado para manter sua efetividade e autoridade perante os demais países da América Latina ainda tão frágeis na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Logo, o *backlash* da Venezuela não pode ser tolerado pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos sob pena de se criar um efeito dominó que se expandirá para outras democracias forjadas, conforme anunciado por José Saramago.³²

Logo, os atos praticados pela Venezuela não acarretam a consequência desejada de exonerar o Estado do cumprimento das obrigações decorrentes dos direitos humanos, devido à implicação das normas *jus cogens* e do direito costumeiro, além da possibilidade de aplicação da tese do direito transnacional, do direito cosmopolita e do princípio da cooperação, conforme será analisado a seguir.

VII. ARGUMENTOS QUE CORROBORAM A INEFICÁCIA DO *BACKLASH* PRATICADO PELA VENEZUELA

Um dos argumentos mais relevantes para corroborar a afirmação de que a Venezuela pratica *backlash* e que tais atos não surtem efeitos em relação aos direitos humanos é a norma de natureza *jus cogens*.

1-18. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.16>. “The second criterion for categorizing the decisions on the Right to be forgotten as backlash or resistance against the CJEU is that these decisions represent an action that aims «o reduce the authority, competence, or jurisdiction» of the CJEU”.

³² Saramago, José, *Ensaio sobre a lucidez*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

As normas de natureza *jus cogens*³³ representam o *new jus gentium* do direito internacional da humanidade e se estendem para todo o *corpus juris* do direito internacional contemporâneo, projetando-se, para o direito doméstico e invalidando qualquer medida ou ato incompatível com ela. São normas que, pela sua natureza inderrogável, têm incidência sobre as fundações de um direito internacional universal, sendo a base do novo *jus gentium*.³⁴

Para a proteção dos seres humanos, as normas *jus cogens* integram o universo conceitual do direito internacional contemporâneo e consagram a visão universalista de que as normas cogentes não derivam da vontade dos Estados, mas sim da consciência humana, ou seja, da *opinio juris communis* de todos os sujeitos de direito internacional, estados, organizações internacionais, seres humanos e a humanidade como um todo, o que reflete a humanização do direito internacional.³⁵

As normas de natureza *jus cogens* atendem à necessidade mínima de verticalização da ordem jurídica internacional, em especial da soberania estatal para efeito de se alcançar a proteção e a concretização dos direitos huma-

³³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-18/03, Costa Rica, 2003, parágrafos 97-100, pp. 116-117. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf: Os tribunais internacionais vêm contribuindo consideravelmente para a construção do *jus cogens*, podendo-se citar, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como o tribunal que mais contribuiu para a evolução conceitual das normas *jus cogens*. Ademais, a Corte Interamericana de Derechos Humanos tem contribuído para a expansão do conceito material de *jus cogens*, com o entendimento da absoluta proibição de tortura e de tratamento desumano, cruel e degradante, seguida do princípio da igualdade e da não-discriminação.

³⁴ Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 1077. “Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, e em que se figurava esgotado e superado o modelo Westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas de Direito Internacional geral, e se tornou evidente que só poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade”.

³⁵ Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in contemporary International Case-Law*”, s/f. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.

nos. Referida verticalização se dá no sentido de transcendência do direito dos tratados e das regras de responsabilização dos Estados, alcançando o direito internacional geral e os fundamentos da ordem jurídica internacional, o que ficou ressaltado no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, na Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça de 1951 e na Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁶

O conteúdo das normas *jus cogens*, portanto, não está limitado aos tratados internacionais, mas, ao contrário, está expandindo numa dimensão vertical, na interação entre as ordens legais internacional e nacional, invalidando todo e qualquer ato legislativo, administrativo ou medida judicial no âmbito do direito doméstico dos Estados que a desautorize.

Além disso, são normas que asseguram a absoluta proibição de violação dos direitos fundamentais da pessoa humana e que estão conectadas com os valores superiores compartilhados pela comunidade internacional. Por isso, o *jus cogens* emana da noção de ordem pública do direito internacional e da prevalência do *jus necessarium* sobre o *jus voluntarium*.³⁷

³⁶ A tese da fragmentação vertical da soberania estatal foi desenvolvida por Pogge, Thomas, “Cosmopolitanism and Sovereignty”, *Ethics*, Chicago, núm. 1, 1992, pp. 48-75. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/1914-pogge-cosmopolitanism-and-sovereignty-full>; cfr. Artigo 53 da Convenção de Viena de 1969: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”; também, Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-18/03, Costa Rica, 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

³⁷ Cfr. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Cantoral Benavides vs. Peru*, Costa Rica, 2000. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_ing.pdf; caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Costa Rica, 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf; caso *Hermanos Gomes vs. Peru*, Costa Rica, 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf; caso *Tibi vs. Equador*, Costa Rica, 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf; OC-8/87, Costa Rica, 1987. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Cfr., também, Bassiouni, M. Cherif, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Durham, núm. 4, 1996, pp., 63-74. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lcp>; Convenção de Viena de 1969, Artigo 64: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver

Outro argumento relevante para confirmar a tese da ineficácia dos atos de *backlash* nos direitos humanos é a necessidade de os Estados realizarem o controle de convencionalidade, com a compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos do poder público com as Constituições nacionais e com os tratados internacionais de direitos humanos, conforme se extrai da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 ao estabelecer que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para conferir eficácia a referidos tratados internacionais, sejam ditas medidas políticas, administrativas ou legislativas, de acordo com o princípio da boa-fé e com o dever de devida diligência.³⁸

em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. Disponível em: http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm; Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva Nicarágua vs. EUA, Haia, 1984, Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>: “As normas peremptórias geram obrigações *erga omnes* e acarretam a responsabilidade internacional dos Estados, de modo que até mesmo um terceiro estado pode invocar a responsabilidade do outro, uma vez que a obrigação peremptória violada pertence a toda comunidade internacional, tornando-se uma obrigação multilateral. O dever de respeitar e proteger os direitos humanos em particular em face das sérias violações é uma norma peremptória de direito internacional que cria obrigações *erga omnes*, que geram o sentimento de que é inadmissível que um Estado exclua os direitos humanos de sua população indefinidamente”. Cfr., também, Scheuner, Ulrich, “Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences”, Munich, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967. Disponível em: https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf; Pingrau, Antoni, “Reflections on the Effectiveness of Peremptory Norms and *erga omnes* Obligation before International Tribunals, Regarding the Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands”, *Questions of International Law-QLL*, Zoom, Napoli, outubro de 2018, pp. 131-146. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-international-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/>.

³⁸ Cfr. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts, Adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session”, Rome, outubro de 2014. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e): “According to one of the United Nations Human Rights monitoring bodies, the basic principle governing domestic application of international human rights treaties is that «the States [when becoming party to such a treaty] are deemed to submit themselves to a legal order in which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction». It has further stated that the central obligation in relation to these treaties is for States parties to give effect to the rights recognized therein. The United Nations human rights system adopts

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece, em seu artigo 2o., o dever de devida diligência como um dever decorrente da postura dos Estados, em todas as suas esferas, em realizar e concretizar as obrigações assumidas internacionalmente, a fim de evitar danos irreparáveis às vítimas de supostas violações de direitos humanos.³⁹

a broad and flexible approach which allows that the particularities of the legal and administrative systems of each State, as well as other relevant considerations, be taken into account”. *Cfr.* Artigo 2o. da Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. *Cfr.* Magalhães Loureiro, Claudia Regina, “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* sobre trabalho escravo contemporâneo”, *16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2018, Foz do Iguaçu, Direito Internacional em Expansão*, Belo Horizonte, vol. XIII. 2018, p. 47-65: “O dever de os Estados agir com a devida diligência decorre do artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 como o dever que o Estado tem de prevenir e investigar possíveis situações de trabalho escravo contemporâneo, conformando-se como o marco jurídico de proteção adequado que deve ser ofertado pelo Estado, com a aplicação de políticas públicas de prevenção e de práticas eficazes. Referida ideia decorre do conceito de devida diligência como: «the diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or discharge an obligation». Logo, os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância ao trabalho escravo contemporâneo e modificar os padrões socioculturais imperantes na sociedade”.

³⁹ Nesse sentido, “The legal grounding of conventionality control is located principally in articles 1.1, 2, and 29 of the ACHR, and in articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Articles 1.1 and 2 of the ACHR outline state duties to develop practices which ensure effective observance of the rights and freedoms enshrined in the pact, thereby requiring that national laws be interpreted in such way as to comply with their obligations to respect and guarantee rights. Article 29 of the ACHR sets out authorities’ duty to enable the enjoyment and exercise of rights established in the ACHR to the fullest extent possible, by effecting the most favorable interpretation of laws for this to occur. Finally, the duty of states to ensure compliance with their obligations under the ACHR are reinforced, in a subordinate manner, by the principles of good faith, effectiveness and *pacta sunt servanda*, as well as by a judicial ban on drawing on domestic law as a means to justify failure to comply with treaties (in accordance with articles 26 and 27 of the Vienna Convention). Collectively, these aspects provide the legal basis of conventionality control. In my view, article 25 of the ACHR additionally forms part of the legal basis of judicial conventionality control, in that this provision refers to the right to simple, prompt and effective recourse to a competent court or tribunal

Neste sentido, interessante ressaltar o pensamento de Gonzalo Aguilar Cavallo que define o controle de convencionalidade como o ato de controle que o juiz nacional efetua para estabelecer a conformidade da norma interna com a norma internacional, bem como com os tratados internacionais perante os quais o Estado se obrigou.⁴⁰

Assim, é possível afirmar que, para alcançar a justiça da decisão, o magistrado deverá compreender a lógica da dupla compatibilidade vertical material que significa que as fontes internacionais e nacionais devem dialogar entre si para solucionar a antinomia entre o tratado e a lei interna, de modo que o direito interno não justifique o descumprimento do direito internacional.⁴¹

A aplicação do controle de convencionalidade, portanto, contribui para a criação do bloco de convencionalidade, que é composto por um conjunto de normas, regras e princípios que podem ser utilizados para a realização do controle de convencionalidade. No caso do Brasil, existe um bloco de convencionalidade que contém os elementos a serem aplicados pelo intérprete da lei ao caso concreto, como, por exemplo, tratados internacionais de direitos humanos, as normas constitucionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões da Corte Internacional de Justiça, dentre outros tribunais e órgãos.⁴²

É nessa linha que se pode afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos têm cláusulas de diálogo que condizem com a abertura

for «protection» against acts that violate the fundamental rights recognized by the constitution, the laws of the state concerned or by the convention itself. Accordingly, this provision constitutes an integral element of rights, in that it sets out a right to the guarantee of fundamental rights enshrined in the Convention and in national sources.” Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control, the New Doctrine of the Inter American Court of Human Rights”, *ASIL*, 2015. Disponível em: <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.

⁴⁰ Cfr. Cavallo, Gonzalo Aguilar, “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, São Paulo, núm. 2, 2013, pp. 721-754. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21451>.

⁴¹ Jayme, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, Leiden, 1995, pp. 60 e 251.

⁴² Sobre o bloco de convencionalidade, consultar também os seguintes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, e *Barríos Altos vs. Peru*, em Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 93-99.

dos Estados ao direito supranacional, a exemplo do que prevê a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 29, ao autorizar a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional e o interno, segundo o critério dialógico idealizado por Erik Jayme.⁴³ Para o autor, o diálogo das fontes é um sistema que resolve os conflitos oriundos da fragmentação do direito internacional, que se intensificou com sua proliferação normativa gerando antinomias que afetaram a coerência do direito internacional.⁴⁴

É nesse sentido, que o pensamento de Lauterpacht merece ser destacado no sentido de que a passagem das normas de coexistência para a cooperação e a transição de um direito internacional de base contratual para um direito de cunho objetivo, com o respeito à vontade da comunidade internacional, ensejou a necessidade de releitura do princípio do *pacta sunt servanda*.⁴⁵

⁴³ Jayme, Erik, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 94. O tema em apreço é recorrente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos e foi abordado no parágrafo 206 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* que consignou que os Estados devem aplicar nacionalmente os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77 também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades. Por outro lado, Cfr. Amaral, Alberto Jr., “O diálogo das fontes: fragmentação e coerência do direito internacional contemporâneo”, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, vol. 2, núm. 3, 2008, pp. 11-31: Com base no diálogo das fontes, método que coexista com as soluções tradicionais para aplicar de forma simultânea, coerente e coordenada, as várias fontes do direito internacional de modo a eliminar a norma incompatível quando se verificar que a contradição que ela causa é insuperável. Cfr., também, Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Londres, Cambridge University Press, 2003, pp. 17-23.

⁴⁵ Reis, Gabriel Valente, “Comunidade internacional e monismo”, *Revista Eletrônica de Direito e Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, núm. 1, 2020, p. 479. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Cfr. De Man, Philip, “State Practice, Domestic Legislation and the Interpretation of Fundamental Principles of International Space Law”, *Working Paper*, Leuven, núm. 181, 2017, p. 17. Disponível em: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2017/181deman: “In this regard, the International Law Commission has found that (T)reaties characterized by considerations of humanity or other general community interests... presumably aim at a uniform interpretation as far as they establish minimum obligations and do not leave a scope for the exercise of discretion to States”.

Assim, como asseverou Christian Tomuschat, as atividades estatais têm repercussão para além das fronteiras e a limitação da soberania absoluta tem base em fundamentos morais que devem ser preservados a fim de se assegurar um grau mínimo de civilização para a humanidade para a paz e a fruição dos direitos humanos, e, nesse contexto, Paul Guggenheim afirma que existem normas que não se referem à vontade dos Estados, uma vez que existem costumes internacionais, que obrigam os Estados.⁴⁶

Nesse sentido, haveria um monismo necessário, que não propõe a sobreposição do direito interno sobre o internacional ou vice-versa, mas sim, que deve se conformar com a comunidade internacional atualmente imperante, de modo que as fontes dialoguem entre si, no sentido de consolidar a prevalência dos direitos humanos, com a vitória do jusnaturalismo sobre o voluntarismo.⁴⁷

O direito costumeiro também poderá ser utilizado como um forte argumento para afirmar que a Venezuela não está exonerada do seu dever de

⁴⁶ Cfr. Reis, Gabriel Valente, *op. cit.*, pp. 480-481; Gardiner, Richard, *Part II Interpretation Applying the Vienna Convention on the Law of Treaties. A the General Rule, 5 The General Rule: (1) The Treaty, its Terms, and their Ordinary Meaning*, 2 ed., Oxford, Oxford International Law Library, 2015, p. 7. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_04585.PDF: “Good faith” is an excellent example of a term whose ‘ordinary meaning’ is elusive. The dictionary reference to the phrase «good faith» takes one to a separate entry for «bona fides», via the definition (unhelpful in the present context) as «fidelity, loyalty». «Bona fides» is itself a relatively recent usage, the very much older one being the adverbial or adjectival «bona fide». That notion of acting honestly, without fraud or intent to deceive, is too general and ill-fitting to help in the context of treaty interpretation. To find the proper interpretation of the term «good faith», a fuller application of the Vienna rules to the term is necessary”.

⁴⁷ *cf.* European Commission for Democracy Through Law, *op. cit.*, pp. 6 e 7, a propósito da relação entre a teoria dualista e a teoria monista, importante ressaltar que: “Traditionally, two main approaches to the relationship between international and national law have been distinguished: the monist approach (monism) and the dualist approach (dualism). The two approaches are by no means mutually exclusive, as many States combine elements of monism and dualism within their legal orders. In fact, most States today belong to what could be described as a mixed type, showing the universal evolution from strict dualism that most States embraced in the past, to moderate monism, with special treatment reserved to certain sources of international law (usually international treaties or, in some cases, only international human rights treaties). In principle, common law countries tend to stick to dualism more persistently than their civil law counterparts, although this rule is not without exceptions. The transition from dualism to monism often accompanies political transition —thus, many countries of Central and Eastern Europe incorporated elements of monism into their legal orders after the fall of communism at the end of the 1980s”.

cumprir e respeitar os direitos humanos, mesmo diante de sua retirada da OEA e da denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que os tratados internacionais e o direito internacional costumeiro são as duas principais fontes do direito internacional que têm força obrigatória diferenciada, enquanto os tratados obrigam os Estados parte, um costume não escrito obriga todos os Estados.⁴⁸

Assim, a prática progressiva da regra prevista num tratado pode desenvolver uma regra costumeira que, pela teoria clássica, conjuga o elemento objetivo, a *opinio juris* dos Estados, com o elemento subjetivo, a crença na lei ou na sua necessidade e com o *core right de Cassese*.⁴⁹

Nesse sentido, Kai Ambos explica que, de acordo com o direito consuetudinário internacional desenvolvido sobre as bases do direito de Nuremberg, uma conduta não escrita pode ser punida, se ela era punível segundo os princípios gerais de direito imperantes na comunidade internacional,⁵⁰ o que conduz à compreensão de que um costume pode ser universal e obrigar os Estados com a sua interpretação conjunta com os

⁴⁸ Tan, Yudan, “The Rome Statute as Evidence of Customary International Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Utrecht, núm. 2, novembro de 2018, pp. 92-110. Disponível em: <https://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.434/>.

⁴⁹ Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁵⁰ “No que diz respeito, em particular, às fontes do direito penal internacional, a fundamentação no direito consuetudinário de normas de direito penal internacional coloca especiais dificuldades em um duplo sentido. Desde a ótica do direito penal, o princípio *nullum crimen* parece excluir a existência de tipos penais não escritos, fundados no costume internacional. No entanto, conforme os artigos 15 (2), PIDCP; 11 (2), DUDH e 7 (2), CEDH, uma conduta pode ser sancionada, se ela era punível “segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional”. Aqui, o conceito princípios de direito não dever ser entendido no sentido do artigo 38 (1) (c), ECJ, senão no das regras de direito consuetudinário internacional desenvolvidas sobre a base do direito de Nuremberg, razão pela qual a regra aplicada deve ter, sem dúvida, o caráter de costume internacional”. *Cfr.* Ambos, Kai, *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*, trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 44-45. A carga normativa do princípio *nullum crimen* perdeu a sua importância com a aprovação adicional dos chamados elementos dos crimes na quinta sessão da Preparatory Commission (Prep-Commis) em Nova York e definitivamente pela Assembleia dos Estados Partes em sua primeira reunião em setembro de 2003. Embora não possuam efeito vinculante, auxiliam a Corte na atividade interpretativa, desde que compatível com o Estatuto do TPI, *Cfr.* Falk, Richard *et al.*, *International Law and World Order: A Problem-Oriented Coursebook*, 2a. ed., Londres, West Academic, 1933, p. 76.

princípios gerais de direito, que podem ser utilizados para corroborar a existência ou não de um costume internacional, de modo que referida combinação poderia consolidar a existência de uma nova regra de direito internacional.⁵¹

Assim, se for o entendimento da comunidade internacional que determinadas condutas dos Estados devem estar de acordo com o direito costumeiro internacional, por refletirem o contexto do *core right* do direito internacional dos direitos humanos, estará formado o direito costumeiro internacional que autoriza os tribunais internacionais a responsabilizar internacionalmente os Estados pelo seu descumprimento.

⁵¹ Cfr. Ambos, Kai, *op. cit.*, pp. 46-47. “Desde a ótica do direito penal internacional, apresenta-se o problema de que a *práxis* dos Estados (*repetitivo facti*), que deve estar acompanhada de um convencimento jurídico geral (*opinio juris*), dificilmente possa se fundamentar para dar origem ao direito consuetudinário internacional, frente à ampla extensão da impunidade das severas violações aos direitos humanos. Este problema pode ser atendido mediante uma maior acentuação dos princípios gerais de direito. Primeiramente, os princípios gerais de direito existentes podem ser considerados para a verificação ou falsidade das regras de direito consuetudinário internacional em formação, e em consequência, ainda não consolidadas. No caso de verificação da regra de direito consuetudinário internacional correspondente, fundamentar-se-ia, por meio de uma semelhante solução de combinação, uma nova regra de direito internacional. Com isto, se desenvolveria um princípio geral de direito —de modo absolutamente tradicional— a partir do direito nacional e com pesquisas de direito comparado —em certo modo, como «*general principles of law derived (...) from national laws of legal systems of the world (...)*» (art. 38.1. c, ECJ). Além disso, segundo a opinião preponderante na atualidade, os princípios gerais de direito podem se fundamentar, também, em uma valoração de conjunto de «*soft law*» internacional, com um a espécie de «*opinio juris without concordant state practice*». Neste sentido, argumentou o Tribunal para a antiga Iugoslávia (ICTY), quando fundou uma proibição fundamental de represálias em caso de ataques a civis em campo de batalha, essencialmente nas «*demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in opinio necessitatis*». Tal compreensão moderna dos princípios gerais de direito conduz a uma assimilação do direito consuetudinário internacional com os princípios gerais do direito, no sentido de transcendentais princípios e normas de direito internacional (*principles and rules of international law*), segundo o artigo 21 (1) (b). Com isto, o direito consuetudinário internacional é parte das normas (*rules*); e os princípios gerais de direito contém uma dupla função: por um lado, como regras supranacionais originárias, colaborariam na formação do costume internacional ou —segundo uma compreensão moderna— de regras de direito internacional. Por outro lado, como princípios gerais de direito, em sentido tradicional, representam uma fonte autônoma. Neste sentido, embora segundo o artigo 21 (1) (c) devam aplicar-se só de forma subsidiária, assumem uma considerável importância em atenção do estado ainda rudimentar do direito penal internacional, escrito e não escrito, especialmente em sua Parte Geral”.

No caso da opinião consultiva em apreço, conforme já foi salientado, o Estado pode se valer de sua soberania nacional e denunciar um tratado ou se retirar de uma organização internacional regional, mas tais atos restritos ao âmbito da manifestação da vontade dos Estados não estarão aptos a gerar o efeito de exonerar o Estado do cumprimento das normas de natureza *jus cogens* e do costume internacional consagrado, o que pode ensejar a sua responsabilização internacional perante os tribunais internacionais competentes.

VIII. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRÁTICA DOS ATOS DE *BACKLASH* PRATICADOS PELA VENEZUELA

Conforme salientado, o artigo 78 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece a possibilidade de um Estado denunciar um tratado⁵² caso em que, as obrigações dos Estados, antes do ato unilateral de seu afastamento, persistem e geram responsabilização à data da extinção da obrigatoriedade da denúncia. Além disso, a denúncia da Convenção não atinge os efeitos de outro tratado internacional regional.

Ainda é relevante destacar que, de acordo com a Convenção Americana, a denúncia, remoção, restrição ou regulação de direitos deve estar revestida de legalidade de acordo com o interesse público, de modo que a falta de um ato legal pode fazer com que a denúncia seja negada se for revestida de manifesta violação das regras fundamentais de direito doméstico.⁵³

⁵² Cfr. Artigo 78 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969: “1. Os Estados-Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data de entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes. 2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito”. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

⁵³ Cfr. Perez, Edward, “Problems and Perspectives on the Denunciation of American Convention on Human Rights”, s/f. Disponível em: https://www.academia.edu/9682068/Problems_and_Perspectives_on_the_Denunciation_of_American_Convention_on_Human_Rights_LL.M._Thesis_.

Logo, se a denúncia for realizada sem a observância do processo constitucional doméstico, será manifestamente inconstitucional, por violar previsões de direito constitucional fundamentais e, se for realizada sem o *compliance* com a Convenção Americana de Direitos Humanos, será inconveniente e o ato unilateral do Estado não surtirá o efeito esperado.⁵⁴

Além disso, a denúncia prevista no artigo 78 da Convenção Americana deve ser interpretada de acordo com o artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, com o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de acordo com a Opinião Consultiva n° 2 sobre os Efeitos das Reservas para a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos e de acordo com o artigo 62 (3) da CADH que, em conjunto, indicam que a Corte tem competência para determinar a validade da denúncia, com ou seja, no seu contexto, objeto e objetivo, vedando a interpretação no sentido de suprimir ou restringir o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e de acordo com a prática de outros instrumentos de direito internacional de direitos humanos quando interpretam outros tratados de proteção aos direitos humanos, conferindo-se à Corte a competência para se manifestar sobre a validade da denúncia.⁵⁵

Dessa forma, o artigo 78 da CADH deve ser interpretado de maneira a garantir os direitos materiais previstos na Convenção, buscando o cumprimento de seus *standards*, pois esta tem como objeto e propósito a proteção dos direitos individuais contra atos que os tornem inefetivos ou ilusórios. Logo, a denúncia à Convenção só pode ser válida se o Estado que a pretende, cumprir com todas as suas obrigações perante os indivíduos sob sua jurisdição para evitar que a denúncia represente uma transgressão à Convenção.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. Pérez, Antonio F, “Democracy Clauses in the Americas: The Challenge of Venezuela’s withdrawal from the OAS”, *American University International Law Review*, Washington D C, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103026>; cfr. Parágrafo 2° do preâmbulo e artigo 30 da CADH; artigo 3 (d) da Carta da OEA; cfr. artigo 46; e Parte V, Seção 2 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

⁵⁵ Cfr. Artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm; artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos e OC-2/82 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf.

⁵⁶ Cfr. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Ivcher Bronstein vs. Peru*, Costa Rica, 1999. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/506ad88087f45ce5d2413efc7893958e.pdf>.

Sobre a retirada da Organização, o artigo 143 da Carta da OEA estabelece que a Carta continuará válida após dois anos do recebimento da denúncia do Estado.⁵⁷ Logo, o Estado deixará de pertencer à OEA depois de cumprir com a totalidade das obrigações oriundas da presente Carta, caso contrário, a retirada não se concretizará.⁵⁸

Além dos aspectos legais envolvendo a retirada da organização e previstos na Carta da OEA, ainda é preciso acrescentar que referida retirada é difícil de ser concretizada em uma sociedade globalizada, em que os Estados atuam em cooperação internacional e, além disso, na qual os atos praticados por um Estado ultrapassam as fronteiras porosas e frágeis, gerando efeitos no território de outros Estados, a exemplo da migração.

A tese do direito transnacional contribui para a compreensão da ideia acima exposta ao defender a consideração da soberania estatal além de sua acepção tradicional e ao propor a reconsideração da compreensão tradicional do princípio da territorialidade, que não se aplica perfeitamente ao contexto transnacional, e assinala que a jurisdição de um Estado seja exercida extraterritorialmente para ensejar a responsabilização internacional do indivíduo que propagar ofensas aos direitos humanos.⁵⁹

⁵⁷ A retirada do consentimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é diferente de denúncia. Esta representa um ato unilateral do Estado para colocar fim às obrigações assumidas com o tratado, enquanto aquela, se refere à retirada do Estado de suas obrigações procedimentais. A Convenção Americana de Direitos Humanos não prevê a retirada do consentimento dado por um Estado para se submeter à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, a retirada só poderá ocorrer se o Estado denunciar a Convenção Americana. De acordo com o artigo 56 (2) da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969, mesmo que um Estado se retire unilateralmente da jurisdição da Corte IDH, tal ato só surtiria efeito um ano após a manifestação do ato. Artigo 143 da Carta da OEA. Esta Carta vigorará indefinidamente, mas poderá ser denunciada por qualquer dos Estados membros, mediante uma notificação escrita à Secretaria-Geral, a qual comunicará em cada caso a todos os outros Estados as notificações de denúncia que receber. Transcorridos dois anos a partir da data em que a Secretaria-Geral receber uma notificação de denúncia, a presente Carta cessará seus efeitos em relação ao dito Estado denunciante e este ficará desligado da Organização, depois de ter cumprido as obrigações oriundas do presente Carta.

⁵⁸ Pérez, Antonio F., *op. cit.*

⁵⁹ *Cfr.* Jessup, Philip C., *Direito transnacional*, Brasil-Portugal, Editora Fundo de Cultura, 1965, p.12. “Todavia, eu usarei, em lugar de direito internacional, a expressão direito transnacional para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão

Entretanto, no âmbito transnacional, outros critérios devem ser adotados para o exercício da jurisdição por parte de um Estado e, mesmo que se tratasse apenas de direito internacional, já seria possível afirmar que o Estado não é mais absoluto e pleno no exercício de sua jurisdição, uma vez que existe o interesse internacional em prol dos direitos humanos, o que faz com que os Estados sejam persuadidos a aceitar a jurisdição de uma justiça internacional, podendo-se falar em princípio da territorialidade objetiva.⁶⁰

O direito transnacional, portanto, distribui a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional, ao envolver instituições de diferentes países, bem como as instituições pertencentes ao sistema jurídico internacional e aos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Além disso, o Direito Cosmopolita, também corrobora o entendimento de que a atuação de um Estado se dá de forma cooperada e que seus atos devem ser considerados e avaliados de acordo com os interesses da humanidade e independentemente de seus interesses pessoais. O direito cosmopolita se destina a proteger a emergência da sociedade civil global e tem uma acepção que é compatível com uma espécie de federação global dos Estados,⁶¹ que pressupõe a dicotomia entre a visão estatocêntrica e a visão cosmopolita, sendo que a primeira enfatiza a nação, enquanto que a segunda, tem o foco no direito global.⁶²

outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas”. A propósito do princípio da territorialidade, consequência da soberania estatal, oportuna a citação do caso *Lótus*, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional que assentou a tese de que um Estado não pode exceder os limites traçados pelo direito internacional para o exercício da jurisdição e que o direito de exercer a sua jurisdição está limitado pela soberania. Nesse sentido, o Estado faz a lei dentro de seu próprio território, onde exerce sua soberania sobre seus cidadãos para produzir efeitos no seu próprio território.

⁶⁰ Cfr. Jessup, Philip C., *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ Cfr. Habermas, Jürgen, *Sobre a Constituição da Europa*, trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo, São Paulo, Unesp, 2012.

⁶² Cfr., Beck, Ulrich, “World at Risk: The New Task of Critical Theory”, *Development and Society*, núm. 1, 2003, pp. 1-21. “The cosmopolitanization of reality is not the result of a cunning conspiracy on the part of «global capitalists» or an «American play for world domination». The nation-state is increasingly besieged and permeated by a planetary network of interdependency, by ecological, economic and terrorist risks, which connect the separate worlds of developed and underdeveloped countries. To the extent that this historical situation is reflected in a global public sphere, a new historical reality rises, a cosmopolitan outlook in which people view themselves simultaneously as part of a threatened world and as part

Nesse sentido, para Thomas Pogge, o cosmopolitismo legal está fundado numa ordem global em que todos são cidadãos de uma república universal, com direitos e deveres equivalentes. Por sua vez, o cosmopolitismo moral implica necessariamente o respeito mútuo, na medida em que todos têm uma estatura global com uma unidade moral com princípios fundamentais de justiça.⁶³

O direito cosmopolita, portanto, se refere a regras que reconhecem *standards* legais para todos igualmente, sem abolir o aspecto nacional e surge do lado de fora das fronteiras dos Estados. Assim, o contrato social cosmopolita consolida seus ideais nas obrigações de cidadania, para a cooperação social, possibilitando que as pessoas exerçam seus direitos fundamentais em qualquer lugar do mundo.⁶⁴

of their local situations and histories. The exposure to different risks and religious cultures gives them a particular understanding of a world in which violent division and unprecedented intermingling coexist, and anger and opportunity vie”.

⁶³ Cfr. Pogge, Thomas, *op. cit.*, pp. 48-75. O cosmopolitismo nem sempre propõe o fim da soberania estatal, mas, ao contrário, propõe uma mudança de paradigma. Tradicionalmente, a soberania de um Estado é exercida sobre um determinado território e sobre pessoas que devem lealdade a este Estado, mas a concentração da soberania num único nível e centrada nos interesses fundamentais dos estados não mais se sustenta. Ao contrário do que se possa imaginar, Pogge não defende a criação de um Estado Universal, mas sim uma visão verticalmente descentralizada da soberania, com diversas unidades políticas pertencentes a um federalismo, propondo a dispersão vertical da soberania estatal, com a existência de unidades políticas organizadas que fiscalizariam o exercício da soberania estatal, evitando abuso, opressão e possibilitando a abertura do Estado ao Direito Cosmopolita. Assim, unidades políticas descentralizadas e coordenadas podem representar a diversidade social e defender melhor os interesses das comunidades globais, pois, quando um Estado aplica o sentido clássico de soberania estatal, de acordo com Pogge, está se negando a incluir o outro, os seres humanos, no processo de tomada de decisão, o que reflete uma organização política e estatal autoritária, que centraliza as decisões numa única autoridade política que não aceita ser fiscalizada por outra unidade política e que, por isso, nega a descentralização vertical da soberania. A dispersão vertical da soberania seria benéfica para a promoção da paz e da segurança; para a redução da opressão praticada pelos governos sobre seus cidadãos; para a promoção de uma justiça econômica global; para o uso dos recursos naturais materiais para suportar o desenvolvimento das áreas mais pobres; para o meio ambiente e para o fomento da participação política.

⁶⁴ Cfr. Eleftheriadis, Pavlos, “Cosmopolitan law”, *European Law Journal*, núm. 2, 2003, pp. 241-263. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227912556_Cosmopolitan_Law. “The word «cosmopolitan», which derives from the Greek word *kosmopolitês* (citizen of the world), has been used to describe a wide variety of important views in moral and socio-political philosophy. The nebulous core shared by all cosmopolitan views is the idea that all human beings, regardless of their political affiliation, are (or can and should be) citizens in a

Logo, a retirada de um Estado da OEA não se consolidará diante da tese do direito transnacional e do direito cosmopolita, pelos fundamentos acima explicitados.

IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa ora realizada possibilitou concluir que embora um Estado denuncie a CADH, não estará exonerado do dever de respeitar os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição, em sentido amplo, devido ao contexto das normas *jus cogens* e ao costume internacional que considera os direitos humanos como mínimo necessário para a manutenção da dignidade humana.

Além disso, a denúncia não surtirá efeitos se a decisão do Estado em exercitar referido direito não decorrer da expressão da democracia e do respeito aos documentos interamericanos mencionados na manifestação. Assim, se a decisão de denunciar a CADH não for a verdadeira expressão da vontade de um povo, esta não operará os efeitos esperados pelo Estado denunciante.

Se o Estado que pretende se retirar da organização internacional não cumprir com as obrigações decorrentes da Carta da OEA, sua retirada não se concretizará e os demais Estados membros da OEA têm o dever de devida diligência em exigir que os Estados respeitem o paradigma interamericano para proteção e efetivação dos direitos humanos no sistema

single community. Different versions of cosmopolitanism envision this community in different ways, some focusing on political institutions, others on moral norms or relationships, and still others focusing on shared markets or forms of cultural expression. In most versions of cosmopolitanism, the universal community of world citizen's functions as a positive ideal to be cultivated, but a few versions exist in which it serves primarily as a ground for denying the existence of special obligations to local forms of political organizations. Versions of cosmopolitanism also vary depending on the notion of citizenship they employ, including whether they use the notion of «world citizenship» literally or metaphorically. The philosophical interest in cosmopolitanism lies in its challenge to commonly recognized attachments to fellow-citizens, the local state, parochially shared cultures, and the like". *Cfr.* também, Rosas, Allan, "State Sovereignty and Human Rights: towards a Global Constitutional Project", *Political Studies*, Thousand Oaks, março de 1995, pp. 61-78. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-9248.1995.tb01736.x>.

interamericano, em decorrência da tese da transnacionalidade e do direito cosmopolita.

Os atos de *backlash* praticados pela Venezuela não surtem o efeito esperado, uma vez que refletem a prática de simulação por aquele país com o intuito de ofuscar a ofensa e o desrespeito aos direitos humanos em seu território.

Assim, os demais países, em sistema de cooperação internacional, de acordo com o direito transnacional e cosmopolita podem exigir que outros Estados respeitem os direitos humanos e os indivíduos podem se utilizar dos mecanismos de proteção aos direitos humanos existentes nos sistemas universal e regional, como os comitês dos tratados internacionais, bem como o sistema de peticionamento individual do sistema interamericano para concretizar os direitos humanos.

X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTER, Karen J. e ZÜRN, Michael, “Backlash Politics: Introduction to a Symposium on Backlash Politics in Comparison, Forthcoming in the British Journal of Politics and International Relations, as Part of a Special Issue on Backlash Politics in Comparison”, *iCourts Working Paper Series*, Copenhagen, núm. 174, novembro de 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3481735.
- AMARAL, Alberto Jr., “O diálogo das fontes: fragmentação e coerência do direito internacional contemporâneo”, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, vol. 2, núm. 3, 2008.
- AMBOS, Kai, *A parte geral do direito penal internacional. Bases para uma elaboração dogmática*, trad. Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- BAHAR, Dany *et al.*, “Integrating Venezuelans into the Colombian Labor Market. Mitigating Costs and Maximizing Benefits”, *Global Economy and Development at Brookings*, 2018. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/12/Venezuelan-Migrants_English.pdf.
- BASSIOUNI, M. Cherif, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erqa Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Durham, núm. 4, 1996.

Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lp>

- BECK, Ulrich, “World at Risk: The New Task of Critical Theory”, *Development and Society*, núm. 1, 2003.
- BURCHARDT, Dana, “Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard”, *Review German Law Journal*, Cambridge, núm. 21, março de 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.16>.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in contemporary International Case-Law”, s/f. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Os tribunais internacionais contemporâneos*, Brasília, FUNAG, 2013.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar, “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, São Paulo, núm. 2, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/2145>.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, “Relatório da Venezuela de 2017”, Washington DC, 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>.
- CONCEPCION, Natasha, “The Legal Implications of Trinidad & Tobago’s Withdrawal from the American Convention on Human Rights”, *American University International Law Review*, Washington DC, núm. 3, 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=auilr>.
- DE MAN, Philip, “State Practice, Domestic Legislation and the Interpretation of Fundamental Principles of International Space Law”, *Working Paper*, Leuven, núm. 181, 2017. Disponível em: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2017/181deman.
- DOOY, Shannon *et al.*, “Venezuelan Migration and the Border Healthy Crisis in Colombia and Brazil”, *Journal on Migration and Human Security*, Bal-

- timore, núm. 3, 2019. Disponible em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2331502419860138>.
- EHRHARDT, Matthias, “Why Parties Politicize International Institutions: On Globalization Backlash and Authority Contestation”, *Review International Political Economy*, Londres, núm. 6, 2014. Disponible em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09692290.2013.839463>.
- ELEFTHERIADIS, Pavlos, “Cosmopolitam law”, *European Law Journal*, núm. 2, 2003. Disponible em: https://www.researchgate.net/publication/227912556_Cosmopolitan_Law.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), “Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts, Adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session”, Rome, outubro de 2014. Disponible em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e).
- FALK, Richard *et al.*, *International Law and World Order: A Problem-Oriented Coursebook*, 2a. ed., Londres, West Academic, 1933.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control, the New Doctrine of the Inter American Court of Human Rights”, *ASIL*, 2015. Disponible em: <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.
- GARDINER, Richard, *Part II Interpretation Applying the Vienna Convention on the Law of Treaties. A the General Rule, 5 The General Rule: (1) The Treaty, its Terms, and their Ordinary Meaning*, 2 ed., Oxford, Oxford International Law Library, 2015. Disponible em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_04585.PDF.
- HABERMAS, Jürgen, *Sobre a Constituição da Europa*, trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo, São Paulo, Unesp, 2012.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “The Venezuelan Exodus, the Need for International Protection and the Region’s Response”, 2018. Disponible em: <https://www.hrw.org/pt/report/2018/09/03/322156>.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Report on Preliminar Examination Activities”, Haia, 2018. Disponible em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>.
- JAYME, Erik, “Identité culturelle et integrtrion: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, Leiden, 1995.

- JESSUP, Philip C., *Direito transnacional*, Brasil-Portugal, Editora Fundo de Cultura, 1965.
- KLEINGELD, Pauline *et. al.*, “Cosmopolitanism”, em ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Palo Alto, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>.
- MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia Regina, “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* sobre trabalho escravo contemporâneo”, *16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2018, Foz do Iguaçu, Direito Internacional em Expansão*, Belo Horizonte, vol. XIII. 2018.
- MAGALHÃES LOUREIRO, Claudia Regina, *Refugiados e apátridas no direito internacional*, Belo Horizonte, Arraes, 2018.
- MARQUES, Claudia Lima (coord.), *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- MENEZES, Wagner, *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Londres, Cambridge University Press, 2003.
- PÉREZ, Antonio F., “Democracy Clauses in the Americas: The Challenge of Venezuela’s withdrawal from the OAS”, *American University International Law Review*, Washington D C, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103026>.
- PEREZ, Edward, “Problems and Perspectives on the Denunciation of American Convention on Human Rights”, s/f. Disponível em: https://www.academia.edu/9682068/Problems_and_Perspectives_on_the_Denunciation_of_American_Convention_on_Human_Rights_LL.M._Thesis_.
- PETSCHKE, Markus, “*Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order”, *Penn State International Law Review*, núm. 2, 2010. Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol29/iss2/2>.
- PINGRAU, Antoni, “Reflections on the Effectiveness of Peremptory Norms and *erga omnes* Obligation before International Tribunals, Regarding the Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Chagos Islands”, *Questions of International Law-QIL*, Zoom, Napoli, outubro de 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/reflections-on-the-effectiveness-of-peremptory-norms-and-erga-omnes-obligations-before-in->

ternational-tribunals-regarding-the-request-for-an-advisory-opinion-from-the-international-court-of-justice-on/.

POGGE, Thomas, “Cosmopolitanism and Sovereignty”, *Ethics*, Chicago, núm. 1, 1992. Disponible em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/1914-pogge-cosmopolitanism-and-sovereignty-full>.

RAMSEY, Geoff e SANCHEZ-GRAZOLI, Gimena, “Responding to an Exodus, Venezuela’s Migration and Refugees Crisis as Seen from the Colombian and Brazilian Borders”, *WOLA, Advocacy for Human Rights in the Americas*, Research Report, jul. de 2018. Disponible em: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2018/07/Final-VZ-Migration-Report-Final.pdf>.

REIS, Gabriel Valente, “Comunidade internacional e monismo”, *Revista Eletrônica de Direito e Política do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, núm. 1, 2020. Disponible em: www.univali.br/direitopolitica.

ROSAS, Allan, “State Sovereignty and Human Rights: towards a Global Constitutional Project”, *Political Studies*, Thousand Oaks, março de 1995. Disponible em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-9248.1995.tb01736.x>.

SARAMAGO, José, *Ensaio sobre a lucidez*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

SCHEUNER, Ulrich, “Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences”, Munich, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967. Disponible em: https://www.zaoerv.de/27_1967/27_1967_3_c_520_532.pdf.

SOLEY, Ximena e STEININGER, Silvia, “Parting Ways or Lashing back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Law in Context*, Cambridge, maio de 2018. Disponible em: <https://doi.org/10.1017/S1744552318000058>.

TAN, Yudan, “The Rome Statute as Evidence of Customary International Law”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Utrecht, núm. 2, novembro de 2018. Disponible em: <https://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.434/>.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, “Venezuela Situation. Responding to the Needs of People Displaced from Venezuela, Supplementary Appeal”, 2018. Disponible em: <https://www.unhcr.org/partners/donors/5ab8e1a17/unhcr-2018-venezuela-situation-supplementary-appeal-january-december-2018.html>.

Estándares convencionales en procedimientos de personas migrantes*

Conventional Standards in Procedures of Migrant Persons

Normes conventionnelles dans les procédures pour les migrants

Natalia **Beltrán Orjuela****
Leydi Marcela **Palacios Segura*****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Control de convencionalidad*. III. *Migrantes como sujetos de especial protección*. IV. *Estándares de protección de las personas en situación de migración*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

* Artículo de investigación resultado del proyecto de iniciación científica PIC-DER-2762, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, vigencia 2018-II. Agradecemos al profesor Jesús Eduardo Sanabria y a la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada por su valioso apoyo en el desarrollo de esta investigación.

** Universidad Militar Nueva Granada, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2475-0098>, nataliabeltraan@gmail.com.

*** Universidad Militar Nueva Granada, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1757-8592>.

Artículo recibido el 9 de mayo de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 867-894
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: El artículo aborda el estudio del control de convencionalidad directo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los derechos humanos a las garantías judiciales y protección judicial de las personas en calidad de migrantes. El resultado se obtiene a partir de una investigación básica jurídica, descriptiva y deductiva, que permite identificar los espacios convencionales generados a partir de espacios citacionales, los cuales se desarrollan en la función consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: control de convencionalidad, migrantes, Corte IDH, derechos humanos, garantías judiciales, protección judicial.

ABSTRACT: This article focuses on the study of control of conventionality made by the Inter-American Court of Human Rights regarding in relation to the human rights of judicial guarantees and judicial protection of persons as migrants. The result is obtained from a basic legal, descriptive, and deductive investigation that identifies the conventional spaces generated from citation spaces, which are developed in the advisory and contentious function of the Inter-American Court.

Key words: control of conventionality, migrant, human rights, I/A Court HR, judicial guarantees, judicial protection.

RÉSUMÉ: Cet article se concentre sur l'étude du contrôle de la conventionalité faite par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme en relation avec les droits humains des garanties judiciaires et de la protection judiciaire des personnes en tant que migrants. Le résultat est obtenu à partir d'une enquête juridique, descriptive et déductive de base qui identifie les espaces conventionnels générés à partir des espaces de citation, qui sont développés dans la fonction consultative et contentieuse de la Cour Interaméricaine.

Mots-clés: contrôle de la conventionalité, migrant, droits de l'homme, I/A Cour, garanties judiciaires, protection judiciaire.

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad encuentra su génesis en el derecho interno de los Estados, en particular, por medio del desarrollo del derecho constitucional francés.¹ A nivel interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH o Corte Interamericana, es la encargada de velar por la vigencia y el cumplimiento de las obligaciones convencionales establecidas en el artículo 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, Convención Americana. De ahí el afán por establecer un marco mínimo de estándares comunes de protección de los derechos con ayuda de la actividad judicial de los Estados, en virtud de los principios de “buena fe, obligación jurídica pactada, de no anteponer el derecho interno al cumplimiento de obligaciones internacionales”² y del efecto útil de la Convención Americana.

Teniendo en cuenta lo anterior, el control de convencionalidad es “una actividad judicial de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todos los jueces, tribunales, autoridades administrativas y legislativas de los distintos Estados parte de la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos”,³ dentro de los cuales se encuentran las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana, respectivamente.

Ambos derechos han sido analizados por la Corte IDH de forma conjunta en varias ocasiones, en específico, en materia de migrantes. A juicio de la propia Corte, ya las garantías y protección judiciales se relacionan al momento de verificar que en escenarios de acceso efectivo a la justicia,

¹ Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, “El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)”, *Ambiente Jurídico*, vol. 15, 2013, pp.104-125.

² Nogueira Alcalá, Humberto, “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, vol. 15, núm. 1, 2017, p 148. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00143.pdf>.

³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Themis, 2014, p. 50.

tanto los procedimientos judiciales⁴ como los recursos que contemplan y aplican los Estados en su interior,⁵ correspondan a los estándares mínimos de protección de los derechos humanos exigidos para esta población que sufre de una situación de vulnerabilidad frente a los nacionales de un Estado receptor.

En este orden de ideas, el presente artículo tiene como objetivo describir el control de convencionalidad directo en materia de los derechos humanos a las garantías judiciales y protección judicial de los migrantes en los procedimientos llevados a cabo en los Estados, a partir de la selección de opiniones consultivas y jurisprudencia de la Corte IDH en donde analiza las políticas y actuaciones de los Estados parte de la Convención Americana en relación con estos derechos.

En desarrollo del objetivo planteado, la metodología utilizada tiene como referencia una investigación descriptiva, jurídica y básica, por cuanto su finalidad es ampliar y profundizar el conocimiento de la realidad práctica, interpretativa y valorativa que hacen los jueces de la Corte Interamericana en uso de la figura jurídica del “control de convencionalidad directo” sobre las obligaciones convencionales de respeto, garantía, adecuación y no discriminación en lo relativo a los derechos de garantías judiciales y protección judicial de los migrantes.

La técnica utilizada consiste en la identificación de espacios citacionales,⁶ los cuales se definen como el grupo de sentencias que contienen una regla de derecho establecida por la Corte IDH frente a los derechos humanos en situaciones particulares. Al dar una significación a los espacios citacionales se encuentran los espacios convencionales, que definen los estándares establecidos por la Corte IDH para la protección de los derechos humanos.

⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, párr. 27.

⁵ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251.

⁶ La técnica de la identificación de espacios citacionales es desarrollada por Eduardo López Medina, quien explica técnicas de análisis jurisprudencial en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. El autor define nicho citacional como “zona de choque de intereses donde la Corte puede desplegar el análisis de la Constitución para encontrar balances que maximicen la protección de derecho. Entre todas estas zonas hay afinidades generales que se desprenden de elementos culturales, morales, políticos y económicos”. López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Editores, 2008, p. 400.

El artículo, en primer lugar, explica la figura del control de convencionalidad. Posteriormente, se aborda el análisis de la situación de vulnerabilidad a la que están expuestos los migrantes en los Estados de recepción. Luego, estudia las decisiones en sede contenciosa y consultiva de la Corte IDH, en particular aquellas en las que realiza un control de convencionalidad directo con respecto a la normativa interna y las actuaciones del Estado, en el marco de un acceso efectivo a la justicia de los migrantes. Finalmente, identifica los espacios citacionales que se conforman a través de sus decisiones y los respectivos espacios convencionales que son auténticos estándares de protección, los cuales deben ser observados por los Estados con el fin de asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos en su jurisdicción, sin discriminación.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad se desarrolla en el sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de las decisiones de la Corte IDH, donde se verifica el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención Americana, por parte de los Estados.⁷ Esta figura se aborda desde de la Opinión Consultiva 14 de 1994, donde la Corte IDH explica la responsabilidad de los Estados por la expedición y la aplicación de normas contrarias a la Convención Americana,⁸ puntualizando que existe la obligación de dictar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades, lo

⁷ La vocación institucional de la Corte IDH se materializa a través de pronunciamientos generales que consolidan *ius commune* interamericano en derechos humanos. Estas decisiones se conforman a partir de “enlaces” con las decisiones nacionales de los Estados parte de la CADH, en aras de obtener una interpretación armónica del derecho a la luz de las normas interamericanas. Véase García Ramírez, Sergio, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4900203>.

⁸ La compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana obedece al ejercicio que realiza la Corte IDH respecto a “leyes, Constitución Política..., proyectos de ley o proyectos de reforma constitucional” Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

cual comprende el deber de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esas garantías.⁹

Por ende, en los casos fallados por la Corte IDH hasta 2004, se evidencia las declaratorias de responsabilidad internacional de los Estados parte por no adecuar su derecho interno a la Convención. Las primeras aproximaciones conceptuales se evidenciaron por parte del juez Sergio García Ramírez en sus votos razonados de los casos *Myrna Mack* y *Tibi*.¹⁰ Sin embargo, solo hasta el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH hace referencia expresa al control de convencionalidad, explicando que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹¹

De acuerdo con Quinche, el control realizado por la Corte IDH hasta 2004 puede ser denominado concentrado, en la medida que se trata de un control normativo que ejerce la Corte Interamericana, por el cual las normas de los distintos Estados parte son contrastadas desde la Convención Americana. De otro lado, desde la sentencia *Almonacid Arellano*, se evidencia un control de convencionalidad difuso, en el que no solo la Corte IDH ejerce control, sino que es una tarea que le compete, así como a los operadores jurídicos de los distintos Estados parte de la Convención.¹²

Así, a partir de la jurisprudencia referida, la Corte IDH ha explicado en qué consiste la figura y cuáles son sus elementos esenciales. El primero de ellos se describe en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Versus Perú*, en el cual la Corte IDH hace referencia a la obligación *ex officio* que tienen los jueces de los Estados parte de velar para que las decisiones judiciales sean conformes a la Convención.¹³ Esta concepción

⁹ Corte IDH, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14.

¹⁰ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 7 “Control de convencionalidad”, 2015.

¹¹ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 124.

¹² Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *op. cit.*, p. 50.

¹³ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2007, serie C, núm. 174.

se amplió en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,¹⁴ en el que se expresa que no solo los jueces, sino órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercerlo.¹⁵ Adicionalmente, en los casos *Gelman vs. Uruguay*¹⁶, *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*¹⁷ y *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*,¹⁸ la Corte IDH determina que este control no le limita exclusivamente al Poder Judicial, puesto que es una función de todas las autoridades y órganos estatales.¹⁹

En el mismo sentido, se destaca que las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos no se limita a adecuar las normas según lo establece la Convención Americana, ya que se incluyen otros tratados internacionales que amplían la protección de las personas. Inclusive, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 21/14, determina la necesidad de que

Los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de dere-

¹⁴ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220.

¹⁵ El control debe ejercerse “tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos”. Ibáñez Rivas, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune* interamericano”, en Von Bogdandy, Armin; Morales, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf>.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014, serie C, núm. 282.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 285.

¹⁹ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 7, cit.

chos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.²⁰

De esta forma, se evidencia que el control de convencionalidad es una herramienta efectiva para la protección de los derechos humanos, ya que no se limita exclusivamente a la confrontación entre normas nacionales y el *corpus iuris interamericano* adoptado en la región,²¹ sino que además analiza que las actuaciones de los Estados cumplan con las obligaciones que se desprenden de las fuentes interamericanas de derecho integradas, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²² pues de ser incumplidas por un Estado parte generarían responsabilidad internacional.

Este procedimiento lo realiza la Corte IDH al estudiar los derechos de garantías judiciales y protección judicial, donde específicamente se analiza si los recursos judiciales suministrados por parte del Estado son efectivos ante una violación de derechos humanos (artículo 25) y si estos fueron sustanciados de conformidad con las garantías judiciales (artículo 8o.), dentro de las obligaciones generales de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos²³ en los procedimientos que involucren personas migrantes.

²⁰ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21, párr. 31.

²¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Costa Rica, IIDH, 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf>.

²² Como regla general, los Estados deben cumplir las obligaciones contenidas en el artículo 1.1 y 2o. de la CADH. Sin embargo, de forma complementaria deben observar lo establecido en el artículo 29 y orientar sus actuaciones bajo el principio *pro homine*, así como cumplir con las decisiones de la Corte IDH en casos en los que hayan sido parte del proceso (art. 68 de la CADH). Cfr. González Domínguez, Pablo, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2017. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003.

²³ Para el juez Ferrer Mac-Gregor el derecho a la protección judicial sirve como parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, y por esta razón propone un análisis novedoso e individual de este derecho. Cfr. Corte IDH, Voto Concurrente a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párr. 5. También véase Brewer, Allan y Santofimio Jaime, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 384.

III. MIGRANTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

La migración tiene un carácter multidimensional que impacta no solo a los países receptores, también a los países de origen y de tránsito. Al respecto, Naciones Unidas reconoce que estos factores requieren de respuestas integrales por parte de los Estados, destacando las contribuciones positivas que hacen los migrantes, tanto en los Estados de origen como de recepción.²⁴ A pesar de que ello parezca revestir de la importancia necesaria por parte de los Estados, los flujos migratorios no siempre obtienen una respuesta favorable. Particularmente, Sergio García y Julieta Morales afirman que los problemas que se derivan de la migración irregular se enmarcan en un contexto singular que, a nivel americano, requiere de respuestas concretas.²⁵

Ante esta situación, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 25, ha reiterado que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales sin tener en consideración el estatus migratorio de las personas.²⁶ Para este tribunal:

La noción de igualdad se desprende de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a lo cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a determinado grupo, conduzca a tratarlo como privilegio; o que, a la inversa por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de sus derechos.²⁷

²⁴ Naciones Unidas, “Proyecto de Documento Final de la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General Sobre la Respuesta a los Grandes Desplazamientos De Refugiados y Migrantes”, A/70/L.61, 2016. Disponible en: http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/A_70_L.61_S.pdf.

²⁵ García, Sergio y Morales, Julieta, “Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos (2009-2012)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 17, 2013. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/40786/23215>.

²⁶ Corte IDH, “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la convención americana sobre derechos humanos)”, Opinión Consultiva OC-25/18 del 20 de mayo de 2018, serie A, núm. 25.

²⁷ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A núm. 18, párr. 87.

En el marco del derecho internacional, el principio de no discriminación hace parte del *jus cogens*.²⁸ No obstante, los Estados tienen la potestad de regular su política migratoria, otorgando un trato diferenciado a los extranjeros que ingresan a su territorio, siempre que se ajuste a la Convención Americana.²⁹ Esto significa que “el trato diferencial debe ser razonable, objetivo, proporcional y no debe lesionar los derechos humanos de los migrantes”.³⁰

Así las cosas, la Corte IDH reconoció por primera vez en su Opinión Consultiva sobre “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes en los Estados receptores, en específico, los trabajadores migratorios y sus familias. Al respecto, comenta que se fundamenta en las dificultades que tienen debido a su presencia o se acentúa tal estado de indefensión si es un migrante que se encuentra en situación irregular, de modo que los Estados no deben tolerar estas situaciones discriminatorias.³¹

Al mismo tiempo, ha establecido que los migrantes en situación irregular están expuestos a múltiples violaciones de sus derechos humanos a raíz de su nivel elevado de desprotección, el cual tiene su génesis en una dimensión ideológica que es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales).³²

Bajo esta misma perspectiva, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* identifica que “los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad dificultando la integración de

²⁸ Corte IDH, “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección...”, *cit.*, párr. 170.

²⁹ Corte IDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, *cit.*, párr. 350. Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 249. Con la garantía del principio *pro homine*, el cual sobrepasa la esfera del derecho interno hacia su interpretación en el ámbito internacional. En este sentido, las políticas no deben restringirse a la norma constitucional sino avanzar hacia la protección internacional de los derechos.

³⁰ Corte IDH, “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección...”, *cit.*, párr. 119.

³¹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párr. 119.

³² Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272, párr. 128.

los migrantes a la sociedad”.³³ Tales prejuicios por lo general son étnicos, xenofóbicos y racistas.³⁴ En igual sentido, la Corte IDH ha considerado que “la situación de vulnerabilidad se agrava debido a impedimentos normativos y fácticos que no permiten un acceso efectivo a la justicia”.³⁵

Respecto a este último punto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 8o. y 25 contiene los derechos humanos a las garantías judiciales y a la protección judicial, los cuales deben ser respetados y garantizados por las autoridades de Estados receptores y de tránsito de acuerdo con los estándares de protección que se derivan de la aplicación de la Convención Americana.

Así, la Corte IDH ha establecido que se vulnera el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de los migrantes, en especial por los siguientes motivos: “Por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio”.³⁶

Además, hace énfasis en la situación que presencian los migrantes en situación irregular.³⁷ Al respecto comenta que estos “no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular”.³⁸ A pesar de dichas circunstancias, le reitera a los Estados que los migrantes tienen derecho a acceder a un debido proceso legal en procedimientos que le afecten directamente.³⁹

Precisamente, para la Corte IDH es pertinente señalar que se le debe garantizar a toda persona, extranjera o no, “el acceso a un recurso idóneo,

³³ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 28.

³⁴ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párr. 113.

³⁵ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *cit.*, párr. 153.

³⁶ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *op. cit.*, párr. 126.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, párr. 159.

³⁹ En los casos de trabajadores migratorios, por ejemplo, tienen derecho de ser representados en un proceso laboral para que se le reconozca todo derecho que haya adquirido, pese a su estatus migratorio. Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párr. 121.

sencillo y efectivo que lo ampare en la determinación de sus derechos”.⁴⁰ Este recurso no debe ser ilusorio y según la Corte IDH esto ocurre ante situaciones de denegación del acceso a la justicia.⁴¹

Por ello, es evidente que las garantías y la protección judiciales son derechos de observancia imperativa en todo proceso en donde se encuentren involucrados migrantes, cualquiera sea su condición migratoria, en términos de igualdad.⁴² En otras palabras, las normas de protección de los derechos humanos de los migrantes hacen parte de un *corpus juris internacional*⁴³ con fundamento en las necesidades especiales que esta población requiere debido a su condición de vulnerabilidad en los Estados de acogida o de tránsito.

Por esta razón, los Estados tienen que abstenerse de realizar actuaciones que propicien o estimulen la mencionada vulnerabilidad y deben adoptar las medidas necesarias para prevenir y proteger los derechos de la población migrante,⁴⁴ en concreto a las garantías y a la protección judiciales.

IV. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE MIGRACIÓN

Del análisis de las sentencias y opiniones consultivas emitidas por parte de la Corte IDH respecto a migrantes, se puede evidenciar que se realiza un control de convencionalidad directo de las disposiciones normativas y actuaciones de los Estados relacionadas con los derechos humanos contenidos en los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana. A partir de ello, se permiten identificar los estándares de protección fijados por la Corte IDH cuando analiza la responsabilidad de los Estados frente a la existencia de recursos judiciales adecuados y efectivos, así como de las garantías judiciales conforme a la Convención Americana y otros tratados

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 107.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 108.

⁴² Corte IDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, *cit.*, párr. 132.

⁴³ Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 4.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, *cit.*

internacionales, en contextos de migración, que conforman los siguientes espacios citacionales y espacios convencionales: debido proceso en los procedimientos migratorios, asistencia consular y garantías de los niños y niñas en procedimientos migratorios:

1. Debido proceso en los procedimientos migratorios

La Corte IDH establece que si bien, los Estados tienen la facultad de establecer su política migratoria, esta debe ser conforme a la Convención Americana, de tal forma que respeten y garanticen los derechos humanos de las personas migrantes. En tal sentido, pueden presentarse procedimientos que culminen en una deportación, expulsión o solicitud de estatus de refugiado, que deben cumplir con todas las garantías del debido proceso.⁴⁵

En primer lugar, en el *caso Vélez Loor vs. Panamá*, la Corte IDH establece que, en casos de deportación, expulsión o privación de la libertad con carácter punitivo de un extranjero, “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo de interés de la justicia”.⁴⁶

En este contexto, las garantías mínimas que se deben otorgar a este tipo de población son, en específico bajo el lineamiento del debido proceso legal, “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas se puedan defender adecuadamente ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos, independiente de su estatus migratorio”.⁴⁷

En cuanto a los recursos disponibles en los Estados, la Corte Interamericana reitera que es necesario probar su efectividad. Así, para que los migrantes gocen de un acceso efectivo a la justicia, los Estados deben garantizarles la asistencia letrada, ejercida por un abogado, puesto que los extranjeros no conocen el sistema legal del país en el que se encuentran y agrava su situación de vulnerabilidad. Aunado a ello, “impedirle el acceso

⁴⁵ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 2, “Migrantes”, 2015.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *cit.*, párr. 146.

⁴⁷ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, *cit.*, párr. 122.

a contar con la asistencia de su abogado defensor limita severamente el derecho de defensa, lo que ocasiona un desequilibrio procesal al dejar al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”.⁴⁸

Al mismo tiempo, en el *caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*, la Corte IDH analiza las garantías mínimas individuales del debido proceso en casos de deportación y expulsión de migrantes de su territorio, cualquiera sea su condición jurídica, en virtud del respeto de la dignidad humana y el apego estricto a las garantías del debido proceso.

Estableció que el debido proceso debía respetar el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y la prohibición de discriminación, pues es una garantía que debe reconocérsele a todo migrante sin importar su estatus migratorio, ya que el alcance de este derecho no solo se aplica *ratione materiae* sino también *ratione personae*.⁴⁹

En cuanto a las garantías que deben concederles los Estados a los individuos sujetos a un proceso de expulsión o de deportación, la Corte IDH hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al considerar que deben ajustarse a las siguientes prerrogativas:

- (i) Sólo podrá expulsarse a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. (ii) Se debe facultar al extranjero a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión; someter su caso a revisión de una autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas. (iii) Condiciones mínimas de detención durante el procedimiento. (iv) Acceso efectivo a la asistencia consular. (v) Derecho de ser representado ante autoridad competente. (vi) Derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete. (vii) Derecho a ser notificado de la decisión de expulsión y recurrirla.⁵⁰

Por otra parte, en el *caso Personas Dominicanas y Haitianas vs. República Dominicana*, la Corte IDH estableció que los Estados tienen la obligación de

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, cit., párr. 132.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, cit.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 162. En el caso concreto, se declaró responsable internacionalmente a República Dominicana porque no demostró la existencia de razones formales para proceder con la expulsión de los migrantes haitianos, así como no acreditó la existencia de un procedimiento que observara las garantías mínimas individuales del debido proceso que exige el artículo 8o. de la Convención Americana para estas situaciones en particular.

garantizar un debido proceso sin importar el estatus migratorio, haciendo énfasis que las prerrogativas contenidas en el artículo 8o. de la Convención Americana, no se limitan a procesos judiciales, sino comprenden cualquier proceso, incluyendo aquellos administrativos o sancionatorios.⁵¹

A partir de lo anterior, retoma las garantías definidas en el caso *Nadege Dorzema* y las sintetiza en tres condiciones que deben cumplir los Estados: i) notificar a las personas acerca del proceso, con el fin de que sean informadas, puedan oponerse a los cargos y acceder a la asistencia consular; ii) someter el caso a revisión de autoridad competente, y iii) notificar la decisión, que debe ser motivada conforme a la normativa interna y los estándares internacionales de protección.⁵²

A su vez, en este caso la Corte IDH determina, en relación con los recursos con los que cuentan los migrantes para recurrir este tipo de decisiones, que no basta con estar establecidos en la ley, pues los Estados deben garantizar que estos sean realmente accesibles por parte de las personas para la defensa de sus derechos afectados.

Por otra parte, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* la Corte Interamericana hace referencia a aquellos procedimientos que pueden terminar con una orden de expulsión o deportación de los migrantes, los cuales deben observar las garantías mínimas del debido proceso. Al respecto establece que estos procedimientos deben ser de carácter individual en el sentido de que evaluarán las circunstancias personales de cada extranjero, sin discriminación.⁵³

No obstante, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 25, no se limita a explicar estos procedimientos, sino que determina en particular las garantías que se deben tener en cuenta cuando el migrante alega un peligro en caso de su devolución, ya sea en el marco de la Convención Americana o la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Respecto a este punto, el Estado tiene el deber de por lo menos entrevistar a la persona que lo alega y realizar una evaluación previa para determinar si existe

⁵¹ Corte IDH, *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, cit. En el marco de los hechos del caso, la Corte Interamericana evidencia que si bien República Dominicana contaba en su normativa interna con disposiciones que establecían el procedimiento de deportación, estas no se cumplieron ni se llevaron a cabo, por cuanto el Estado, incumplió con su obligación de respeto y con ello vulneró el artículo 8o. de la Convención Americana.

⁵² Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, cit.

⁵³ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, cit., párr. 159.

o no el mencionado riesgo, observando las garantías mínimas del debido proceso, prohibiendo con ello la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y garantizando la protección de los derechos a la vida y a las garantías judiciales de los migrantes.⁵⁴

Adicional a ello, el principio de no devolución es amplio y tiene diferentes matices. La Corte IDH estableció que “este principio constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional y se ve reforzado por el reconocimiento a buscar y recibir asilo”.⁵⁵ Así, de la mano de los artículos 8o. y 25 de la Convención y tomando en consideración las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), se garantiza que los solicitantes de asilo sean oídos con las debidas garantías legales dentro de un procedimiento justo y eficiente, que logre determinar la necesidad de protección a través de un correcto examen de su solicitud, por lo que se prohíbe que sean rechazados en la frontera o devueltos a su país de nacionalidad o residencia, sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.⁵⁶

En atención a las necesidades de protección que requieren los migrantes que se enfrentan a procedimientos de carácter administrativo, la Corte IDH ha dispuesto un cúmulo de garantías que los Estados deben observar cuando se esté frente a estos casos, de la siguiente forma: 1) deben garantizar los servicios de un intérprete competente, el acceso a la asesoría y representación legal para la presentación de la solicitud y se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR; 2) la solicitud se examinará con objetividad, de acuerdo con un procedimiento preestablecido y la realización de una entrevista personal; 3) las decisiones deben estar fundamentadas de forma expresa; 4) debe garantizar la protección de los datos del solicitante y de la solicitud bajo el principio de confidencialidad; 5) si la decisión es desfavorable, se le debe permitir recurrir el fallo dentro de un plazo razonable, y 6) los recursos de revisión y apelación se concederán en efecto suspensivo y se le debe permitir al solicitante que permanezca en el país hasta tanto se resuelvan.⁵⁷

⁵⁴ Corte IDH, “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección...”, *cit.*, párr. 181.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit.*, párr. 151.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 159.

Aunado a lo anterior, en virtud del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se pueden presentar otros recursos, como el amparo o el *habeas corpus*, que sean adecuados y efectivos para cuestionar la posible vulneración de sus derechos.⁵⁸ Además, “es necesario determinar si los recursos existen y si es realmente posible ejercerlos en el contexto de la situación del país, de los hechos del caso o de la situación particular de las víctimas”.⁵⁹

Bajo esta misma línea, se hace hincapié que en situaciones en donde se presenten solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, esta Corte ha determinado que los Estados pueden adoptar procedimientos rápidos o acelerados, puesto que no se evidencia la necesidad de protección internacional para las personas que la solicitan.⁶⁰

Respecto al marco fáctico del caso, la Corte IDH evaluó el comportamiento de las autoridades migratorias competentes y determinó que no se encontró demostrado que se haya realizado la correspondiente evaluación del riesgo de devolución a la familia, así como tampoco se les permitió expresar las razones de su instancia irregular en el país, no se llevó a cabo la entrevista personal u otro mecanismo que pudiera recolectar pruebas, ni se les brindó la posibilidad de controvertir la decisión que contenía posibles violaciones al debido proceso y al principio de no devolución (*non refoulement*), pues jamás se les notificó. También evidenció que no tuvo en cuenta el interés superior de los niños involucrados⁶¹.

Por último, dentro de este espacio convencional, resulta particular el caso *Wong HoWing vs. Perú*, toda vez que, en él, si bien la Corte IDH retoma la obligación de garantizar el debido proceso en procedimientos que terminen con la deportación o expulsión de un migrante del Estado parte, analiza en

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 191.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit.* Si bien es cierto, en este caso el Estado de Bolivia aseguró que la familia Pacheco Tineo no había demostrado ningún riesgo de devolución, adujo, asimismo, que se encontraban frente a la cláusula de exclusión 1.f.b de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, por lo que argumentó que la solicitud de asilo era manifiestamente infundada y por ello se decidió de manera rápida.

⁶¹ De esta manera, el Estado no brindó las garantías mínimas que deben aplicarse en estos casos de acuerdo con la Convención Americana y el estándar establecido por esta Corte, y como consecuencia el Estado de Bolivia fue condenado. Véase Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit.*

particular el proceso de extradición, determinando si en el marco del proceso, el Estado de Perú respetó la garantía del plazo razonable, el derecho a ser oído y a la defensa. Este proceso es definido como “un mecanismo de cooperación internacional, el cual puede afectar derechos por lo que el Estado debe velar por respetar las garantías teniendo en cuenta los aspectos políticos y jurídicos”.⁶²

En cuanto al plazo razonable, analiza cada uno de los elementos que lo configuran. En este escenario determina que las relaciones diplomáticas existentes entre los Estados significan un asunto complejo, teniendo en cuenta la diferencia del idioma y del sistema jurídico. Sin embargo, los Estados deben actuar con debida diligencia y celeridad, de tal forma que puedan solicitar adecuadamente información y garantías diplomáticas en un tiempo que no genere incertidumbre al sujeto extraditable.⁶³

Por otro lado, para abordar los derechos a ser oído y a la defensa, la Corte IDH explica que los procesos de extradición comprenden dos etapas: una política y otra judicial. En la primera, no hay participación efectiva de la persona involucrada al proceso de extradición, toda vez que se trata de actos discrecionales del Poder Ejecutivo, sujetos a control judicial posterior. En la parte judicial, a la persona se le toma su declaración y participa activamente en las audiencias. De conformidad con los hechos del caso, Perú contemplaba estas prerrogativas en su legislación interna y permitió al señor Wong Ho Wing participar en la fase judicial, así como acceder a los documentos, por lo que no se encontró responsabilidad internacional del Estado.

A modo de conclusión de este espacio convencional, se puede dilucidar que en procedimientos donde se encuentren inmersos migrantes, bien sea para resolver órdenes de expulsión, deportación, privación de la libertad o solicitud del estatuto de refugiado, las garantías al debido proceso y el acceso a un recurso adecuado y efectivo resultan ser imperativos para garantizar sus derechos, previo a rendir su primera declaración ante un Estado cuya normatividad es desconocida, por lo que requieren de la asistencia de un defensor público gratuito y la asistencia consular, así como pueden presen-

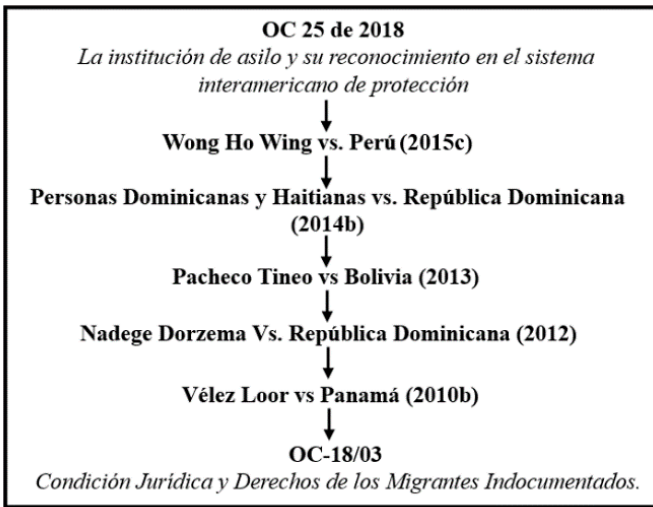
⁶² Corte IDH, *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2015, serie C, núm. 297, párr. 208.

⁶³ *Idem*. Dado a que el Estado de Perú no actuó así y el proceso de extradición se prolongó de tal forma que creó incertidumbre al señor Wong Ho Wing, se declaró su responsabilidad internacional.

tarse limitaciones frente al idioma, por tanto, tienen el derecho de acceder a los servicios de un intérprete y demás garantías establecidas.

Por todo lo anterior, los Estados tienen la obligación de otorgar un procedimiento ajustado a los principios mínimos del debido proceso, detallados específicamente en cada situación analizada, y asegurar la efectividad de los recursos disponibles, atendiendo a las necesidades concretas de protección que requiere la población migrante, a raíz de su situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, frente al espacio convencional denominado *debido proceso en los procedimientos de expulsión, devolución o deportación y solicitud de estatuto de refugiado*, puede generarse el espacio citacional evidenciado en el siguiente cuadro:



FUENTE: Elaboración propia a partir del estudio de las sentencias de la Corte IDH.

2. Asistencia consular

Una de las garantías judiciales que es exclusiva de las personas en situación migratoria es la asistencia consular. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que los migrantes involucrados en un proceso adelantado por el Estado, tienen derecho, en virtud del artículo 8o. de la Convención Americana a una comunicación efectiva con el consulado de su país de origen,

con el fin de ser asistido por éste durante el proceso. Esta obligación fue definida por la Corte Interamericana desde la Opinión Consultiva 16, de 1999, donde cita la Convención de Viena sobre relaciones consulares y sus disposiciones referentes a la posibilidad de que el cónsul:

Pueda asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión.⁶⁴

De igual forma, la Corte IDH explica la relación existente entre la información sobre la asistencia consular con las garantías mínimas del debido proceso legal, argumentando que la comunicación entre el migrante y su consulado permite ejercer una mejor defensa y tener un juicio justo en observancia de la ley. Esta garantía para el migrante comprende el derecho a la información sobre la asistencia consular, derecho a la notificación y a la asistencia misma.⁶⁵

Desarrollando el estándar en casos contenciosos de Ecuador⁶⁶ y Argentina⁶⁷ sobre detenciones a ciudadanos extranjeros, la Corte IDH establece que es necesaria la notificación de su derecho a comunicarse con un funcionario consular de su país en el momento en que es privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración, con el objetivo de que pueda preparar una defensa efectiva, sea asistido en el procedimiento y tenga un juicio justo, ya que hace parte de las garantías que se derivan del debido proceso legal.⁶⁸

⁶⁴ Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párr. 86.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit. ; Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de junio de 2005, serie C, núm. 129; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008, serie C, núm. 189.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, núm. 164.

⁶⁸ Dado que en ninguno de los casos mencionados, los Estados cumplen con la obligación de brindar esta asistencia a los migrantes, afectó su derecho a la defensa y con ello se vio

Sin embargo, este estándar es ampliado por la Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, cuando desarrolla los componentes esenciales de la asistencia consular, estableciendo que el Estado debe permitir que el funcionario consular brinde servicios legales al detenido. Así, retoma lo establecido por la Convención de Viena sobre relaciones consulares, la cual dispone que el detenido tiene derecho a comunicarse libremente con los funcionarios consulares, como recibir visitas de estos, dando efectividad a los derechos a la libertad, a la integridad personal y a la defensa.⁶⁹

En esta oportunidad, el Estado de Panamá acreditó que posibilitó la comunicación con los funcionarios consulares, sin embargo, el procedimiento administrativo que se llevó a cabo y que culminó con la decisión de una detención privativa de la libertad, fue previo a la visita de los funcionarios al señor Vélez Loor, por lo que se demostró que en la duración del proceso no contó con la posibilidad de presentar una defensa efectiva con la asistencia consular ni de tener un juicio contradictorio, ya que no se materializó. Por lo anterior, el Estado de Panamá fue declarado responsable por la falta de información y acceso efectivo a la asistencia consular, siendo este un componente del artículo 8o. de la Convención Americana.⁷⁰

Por último, en el caso *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* determinó que los extranjeros se encuentran muchas veces detenidos en un medio social y jurídico diferente, y con un idioma que desconocen, por lo que el derecho a ser asistidos a través de un cónsul garantiza que exista un debido proceso en igualdad de condiciones frente a los nacionales y goce de ambientes de detención compatibles con el respeto a la dignidad de las personas.⁷¹

En resumen, la garantía convencional de la asistencia consular implica para los Estados comunicar el derecho al migrante de ser asistido por su cónsul y garantizar la asistencia misma, antes de su primera declaración en cualquier procedimiento, con el fin de permitir el pleno ejercicio del derecho a la defensa y con ello asegurar el debido proceso.

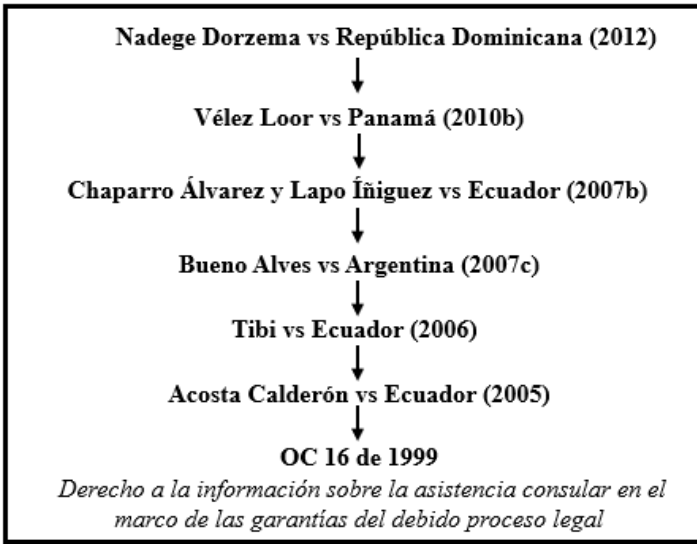
En el siguiente cuadro, se evidencia el espacio citacional, que podría desarrollarse desde el espacio convencional denominado “*asistencia consular*”.

comprometida su responsabilidad internacional por vulnerar el artículo 8o. de la Convención Americana.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, cit.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, cit.



FUENTE: Elaboración propia a partir de las sentencias de la Corte IDH.

3. Garantías de los niños y niñas en procedimientos migratorios

La Corte IDH ha determinado que los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las personas, la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en condiciones de igualdad.⁷² Este deber toma mayor relevancia en aquellos procedimientos en los que se ven involucrados los niños, a quienes se les debe garantizar, teniendo en cuenta su condición de vulnerabilidad y el interés superior, los derechos contenidos en los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana.

En relación con lo anterior, la Corte IDH en su Opinión Consultiva 17/02 determinó que el análisis de los derechos de los niños debe respetar en todo momento su interés superior, “principio que se funda en la dignidad humana, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo”⁷³ como sujetos de especial protección en razón a su inmadurez y vulnerabilidad.

⁷² Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21.

⁷³ *Ibidem*, párr. 56.

Para el caso en específico de las garantías judiciales y de la protección judicial, la Corte IDH recuerda que son de observancia obligatoria para los niños y se deben correlacionar con el artículo 19 de la misma Convención Americana, ya sea en procesos administrativos o judiciales. Sin embargo, es importante destacar que a raíz de las condiciones especiales de los menores, los Estados tienen el deber de adoptar medidas de protección específicas para regular su participación en un proceso.

En este sentido, la Corte IDH menciona que las medidas de protección que se deben adoptar en sede administrativa, como es el caso de los procedimientos migratorios, deben:

Ajustarse a la ley y procurar para que el niño continúe dentro de su núcleo familiar, siempre que sea posible y razonable, de lo contrario, la separación debe darse por el menor tiempo posible. Asimismo, establece que quienes intervengan en los procesos decisorios deben ser competentes para identificar las medidas que requiere el menor y que en todo caso, el uso de medidas privativas de la libertad debe ser de carácter excepcional.⁷⁴

Bajo esta línea argumentativa, la OC-21 de 2014, explica, en particular, las garantías del debido proceso aplicables en los procedimientos migratorios que involucran niños y niñas. En este marco, determina que las garantías judiciales aplican a cualquier persona, independientemente de su edad y su condición de instancia. No obstante, los Estados deben tener en cuenta que este derecho se correlaciona con otros, especialmente el de los niños, el cual exige la adopción de ciertas medidas específicas con el fin de asegurar el acceso a la justicia, teniendo como eje central el interés superior del niño.⁷⁵

De esta forma, la Corte IDH toma fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos y determina las garantías que deben regir en todo proceso migratorio que involucre niños y niñas. En primer lugar, explica que se debe notificar la existencia del proceso y de la decisión a través de personal capacitado para comunicar al niño o niña, dentro de sus capacidades cognos-

⁷⁴ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC- 17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párr. 103

⁷⁵ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección...”, *cit.*

citivas. De igual manera, debe garantizarse que el proceso sea adelantado por un funcionario especializado, independiente e imparcial. Por otro lado, los Estados deben cumplir con la obligación de respetar el derecho de los niños y niñas a ser oídos y participar en las etapas procesales, utilizando herramientas que permitan su expresión a través de personal capacitado.

Simultáneamente, es necesario asegurar el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, en caso de no compartir o comprender el idioma, al igual que debe realizarse la comunicación y permitir la asistencia consular, de tal forma que el cónsul pueda velar porque las actuaciones se lleven a cabo considerando el interés superior del niño o niña. Igualmente, de forma gratuita, los Estados deben asegurar que sean asistidos por un representante legal especializado.⁷⁶

Es importante destacar que la decisión que adopten los Estados en relación con el procedimiento debe estar debidamente fundada, evaluando las condiciones especiales y el interés superior del niño y la niña, quien tendrá derecho a recurrirlo en las instancias correspondientes, con efectos suspensivos, a través de los recursos que deben cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 25 de la Convención Americana. Además, debe asegurarse que el procedimiento se lleve a cabo en un plazo razonable, tal como lo indica el artículo 8o. de la Convención, más aún en relación con los niños, sujetos de especial protección.⁷⁷

En casos contenciosos como *Pacheco Tineo vs. Bolivia*, se ha establecido que se debe tomar en consideración el *corpus juris* en materia de protección de estos, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual reconoce la oportunidad que tienen de ser oídos y participar activamente en todo procedimiento judicial o administrativo y su derecho a solicitar el estatuto de refugiado conforme a los procedimientos internacionales e internos de cada Estado, respetando su interés superior en todas las decisiones.⁷⁸

Los alcances de estos derechos varían significativamente según quien sea el solicitante principal de la condición de refugiado. Por ejemplo, si el niño o niña es quien presenta la solicitud, los principios que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño son aplicables en el ámbi-

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *cit.*

to sustancial y procedimental, propiciado por un ambiente que le genere confianza en el proceso.⁷⁹

Por otro lado, si la solicitud la presenta un adulto en representación de un niño y recibe la protección, los demás miembros de su núcleo familiar pueden recibir el mismo tratamiento, en virtud del principio de la unidad familiar. Por el contrario, si la solicitud es rechazada, los familiares tienen derecho a presentar su solicitud y que sea evaluada de forma independiente.⁸⁰

Ahora bien, frente al procedimiento de expulsión de migrantes en situación irregular, la Corte IDH establece que las autoridades deben tener en cuenta la relación existente entre el derecho de la protección a la familia y los derechos de los niños y las niñas. Por ello, obliga a los Estados a tomar medidas especiales que propendan a fortalecer en todo momento el núcleo familiar, por lo que la separación de los niños de sus padres, incluso siendo legal, debe respetar el principio del interés superior del niño, debe ser excepcional y temporal, independiente de si ocurre dentro del Estado que los expulsa o en el Estado al cual serán expulsados.⁸¹

Por último, el caso *Personas Dominicanas y Haitianas vs. República Dominicana*, establece que en los procedimientos de expulsión en los que se vean involucrados, los Estados deberán observar el interés superior, la protección de la familia y la unidad familiar, considerando la protección de los niños como eje central dentro del procedimiento. Por ello, establece que se debe tener en cuenta: i) la historia migratoria; ii) la nacionalidad, guarda y residencia de los niños, en caso de ser uno de los padres sujeto de proceso de expulsión; iii) la afectación de la ruptura familiar en la vida del niño o niña, y v) el alcance de perturbación en la vida diaria del niño. De esta forma, se garantiza a los niños y las niñas sus derechos en conexidad con las garantías y protección judiciales que exige tratamiento especial, de conformidad con el principio de interés superior.⁸²

En conclusión, para respetar las garantías de los niños y niñas en procedimientos migratorios los Estados deben tener en cuenta como eje central el principio de interés superior de los niños y niñas, en el marco de las garantías del debido proceso, contando con personal especializado para ello.

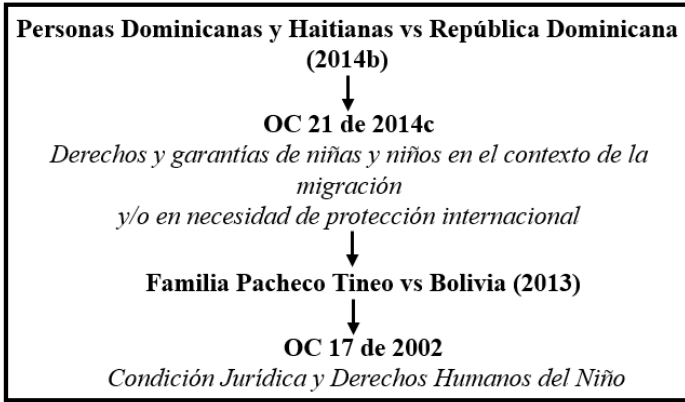
⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, cit.

En el siguiente cuadro, se evidencia el espacio citacional, que podría desarrollarse desde el espacio convencional denominado “*Garantías de los niños y niñas en procedimientos migratorios*”.



FUENTE: Elaboración propia a partir del estudio de las sentencias de la Corte IDH.

V. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad es una figura que se ha desarrollado en el sistema interamericano de derechos humanos, partiendo de las decisiones de la Corte IDH, tanto en sede consultiva como en casos contenciosos. En estas decisiones el órgano judicial confronta la normativa del Estado con la Convención Americana, los instrumentos que forman del *corpus iuris* interamericano y todas las actuaciones que se realizan en su interior para establecer si se ajustan o no a las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en armonía con el principio *pro homine*.

A partir del ejercicio de control de convencionalidad directo sobre las decisiones de la Corte IDH, es posible identificar espacios citacionales que obtiene el órgano judicial al interpretar los derechos en situaciones en concreto, espacios traducidos en reglas de derecho que al ser reiteradas se convierten en precedente interamericano de cumplimiento obligatorio para los Estados. Este ejercicio puede ser replicado en diferentes escena-

rios con el fin de propender a la protección de los derechos humanos y contribuir al diálogo judicial entre la corte nacional y la interamericana.

Como resultado, se identificaron los estándares interamericanos de protección de los derechos contenidos en los artículos 8o. y 25 de la CADH en contextos de migración y a través de espacios citacionales obtenidos de las decisiones de la Corte IDH desde su función consultiva y contenciosa en los últimos 19 años.

A partir de lo anterior se estableció que la Corte IDH ha sentado precedentes de imperativo cumplimiento para los Estados parte de la Convención en materia de las garantías mínimas al debido proceso legal que se les deben otorgar a los migrantes, tanto en procesos judiciales como administrativos, sumado al acceso un recurso adecuado y efectivo en situaciones de deportación, expulsión, privación de la libertad, solicitud del reconocimiento del estatuto de refugiado y devolución con un enfoque diferencial hacia los niños, niñas y adolescentes.

En suma, las garantías y protección judiciales de los migrantes son derechos esenciales, cuyo ejercicio deriva en el goce de otros derechos convencionales que deben ser protegidos por los Estados a partir de un escenario de acceso real y efectivo a la justicia, así como una normatividad interna adecuada al *corpus iuris* interamericano en materia de derechos de migrantes desde un enfoque diferencial y sin discriminación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BREWER, Allan y SANTOFIMIO Jaime, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso, “El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)”, *Ambiente Jurídico*, vol. 15, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4900203>.

- GARCÍA, Sergio y MORALES, Julieta, “Afirmaciones y novedades en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos (2009-2012)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 17, 2013. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/40786/23215>.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2017. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100003.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *ius commune* interamericano”, en VON BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf>.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Costa Rica, IIDH, 2015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf>.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Editores, 2008.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, vol. 15, núm. 1, 2017. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00143.pdf>.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Themis, 2014.
- ROA, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Problemas en la frontera: retos migratorios en el Perú desde un enfoque interseccional de discapacidad

Trouble at the Border: Migration Policy Challenges in Peru from a Disability Perspective

Problèmes à la frontière: défis migratoires au Pérou liés à une approche intersectionnelle du handicap

Renata Bregaglio Lazarte*
Paula Camino Morgado**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto migratorio, vulnerabilidad e interseccionalidad*. III. *La necesaria incorporación del enfoque de discapacidad a la política migratoria*. IV. *Retos y lineamientos a partir del contexto peruano y comparado*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

* Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>, renata.bregaglio@pucp.edu.pe.

** Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0508-6005>.

Artículo recibido el 11 de mayo de 2020

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 895-930
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2021
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El presente artículo explora los retos que enfrenta el sistema migratorio peruano frente a la llegada masiva de refugiados con discapacidad. Utilizando el modelo social de la discapacidad como enfoque de análisis, las autoras recalcan la importancia de hacer una lectura interseccional de la política migratoria. De esta manera, identifican, desde un enfoque de discapacidad, los principales problemas en la regulación migratoria peruana en relación con el reconocimiento de calidades migratorias, acceso a servicios públicos y recopilación de información estadísticas. Las autoras concluyen que la legislación peruana aún tiene una gran tarea pendiente de incorporar un enfoque transversal de discapacidad.

Palabras clave: discapacidad, política migratoria, refugio, interseccionalidad, migración masiva.

ABSTRACT: This article explores the challenges faced by the peruvian migration system in the face of the massive arrival of refugees with disabilities. Using the social model of disability as an analytical approach, the authors emphasize the importance of making an intersectional approach to migration policy. They identify, from a disability perspective, the main problems in peruvian migration regulation in relation to the recognition of migratory qualities, access to public services and compilation of statistical information. The authors conclude that peruvian legislation still has a great pending task of incorporating a transversal approach to disability.

Key words: disability, migration policy, refugees, intersectionality, mass migration.

RÉSUMÉ: Cet article explore les défis auxquels est confronté le système migratoire péruvien face à l'arrivée massive de réfugiés handicapés. En utilisant le modèle social du handicap comme approche analytique, les auteurs soulignent l'importance de faire une lecture intersectionnelle de la politique migratoire. De cette manière, elles identifient, du point de vue du handicap, les principaux problèmes de la régulation migratoire péruvienne en relation avec la reconnaissance des qualités migratoires, l'accès aux services publics et la compilation d'informations statistiques. Les auteurs concluent que la législation péruvienne a encore une grande tâche à accomplir pour intégrer une approche transversale du handicap.

Mots-clés: handicap, politique migratoire, réfugiés, intersectionnalité, migration de masse.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las últimas cifras de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, al 3 de agosto de 2020, Perú ha recibido a 829,708 personas en situación migratoria regular. Y si bien no existen cifras oficiales sobre cuántas de estas personas se encuentran en situación de discapacidad, el Informe Semestral del Monitoreo de Protección de las Américas, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), identificó que entre agosto y septiembre del año anterior, 2019, la población con discapacidad representaba al 3% del total de migrantes.¹

Esta realidad genera múltiples retos desde un enfoque interseccional de discapacidad y migración. El presente artículo busca identificar dichos retos y plantear lineamientos para el diseño de políticas migratorias con enfoque con discapacidad, a la luz de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del modelo social de la discapacidad.

El artículo se desarrolló a partir de tres grandes insumos. En primer lugar, se realizó una revisión, al igual que una sistematización de bibliografía, trabajos de campo y pronunciamientos de organizaciones internacionales sobre la materia. En segundo lugar, se enviaron solicitudes de acceso a la información pública a diversas estatales. Y en tercer lugar, se condujeron entrevistas semiestructuradas con actores relevantes y con usuarios de la Clínica Jurídica de Discapacidad de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú para conocer la realidad migratoria.

Por cuestiones de confidencialidad y en respeto del principio de no maleficencia en las investigaciones, se han omitido los nombres y datos que pudieran llevar a identificar a estas personas, y se ha optado por reseñarlos bajo el seudónimo de “informantes”.

¹ ACNUR, “Informe Semestral del Monitoreo de Protección en Perú”, Lima, 2019, p. 4, disponible en: <https://bit.ly/2WeFsIq>.

II. CONTEXTO MIGRATORIO, VULNERABILIDAD E INTERSECCIONALIDAD

En los últimos años, Perú se ha perfilado como el primer país receptor de solicitantes de la condición de refugiado de personas venezolanas.² Afrontar esta ola migratoria ha sido un reto significativo para las autoridades. El ministro de Relaciones Exteriores ha afirmado la necesidad de contar con apoyo internacional para afrontar la crisis migratoria, pues servicios como la atención en salud se encuentran desbordados.³ Este incremento masivo del movimiento migratorio ha implicado un desborde de recursos materiales, pero también ha revelado las falencias de la normativa y política migratoria peruana.

En efecto, la regulación migratoria se ha construido de manera *ad hoc* en respuesta a la crisis. Para sistematizar y simplificar estos desarrollos podemos identificar dos principales periodos en la regulación.⁴ En un primer periodo, desde el 31 de julio de 2016 hasta el 31 de julio de 2017 se permitió el ingreso a personas venezolanas a través de una categoría migratoria *ad hoc* —el permiso temporal de permanencia (PTP)⁵. El PTP permitía a las personas migrantes ingresar a Perú, y regularizar su situación migratoria tras un año, sin que sea necesario presentar un pasaporte.⁶ En un segundo período, desde el 1 de noviembre de 2018 hasta la actualidad, las personas migrantes venezolanas ya no podían acceder al PTP. Sumado a ello, desde el 25 de agosto de 2018 ya se requiere la presentación del pasaporte a personas venezolanas en las fronteras, mediante Resolución de Superintendencia No. 000270-2018 de la Superin-

² ACNUR, “Perú”, 2019, disponible en: <https://www.acnur.org/peru.html>.

³ “Cancillería: capacidad del Estado para atender el incremento de la migración venezolana ha sido sobrepasada”, *El Comercio*, 29 de octubre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/3fkM4fU>.

⁴ Blouin, Cécile, “Entrevista sobre la migración venezolana y visa humanitaria”, *Enfoque Derecho*, 21 de junio 2019, disponible en: <https://bit.ly/3lwjE5w>.

⁵ El PTP está regulado por los Decretos Supremos 002-2017-IN, publicado el 3 de enero de 2017; 023-2017-IN, publicado el 29 de julio de 2017; 001-2018-IN, publicado el 29 de julio de 2017, y 007-2018-IN, publicado el 19 de agosto de 2018.

⁶ Igualmente regulado en las normativas de la nota anterior.

tendencia Nacional de Migraciones.⁷ En paralelo, el 12 de junio de 2019 se emitió la Resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones 117-2019,⁸ que estableció la posibilidad de ingresar al país con una visa humanitaria otorgada en el exterior. La Resolución en cuestión también estableció ciertas excepciones al requisito, sobre las cuales ahondaremos más adelante. Es así que, desde el 1 de noviembre de 2018 (momento en el que ya no era posible solicitar el PTP), las personas migrantes y refugiadas pueden ingresar al país, ya sea con un pasaporte vigente, como solicitantes de refugio o asilo; con una visa humanitaria; o bajo una de las excepciones establecidas en la Resolución de Superintendencia 117-2019.

Dentro de este grupo de migrantes, es natural que podamos encontrar a personas que se enfrentan a distintas situaciones de vulnerabilidad por motivos adicionales a su situación migratorio. Por ejemplo, un informe del ACNUR y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) identificó que de la población que ingresó a través de la frontera norte, 4.5% tenían alguna enfermedad crónica o discapacidad, mientras que el 3% que ingresaron a través de la frontera sur se encontraba en esta situación.⁹ De estos grupos, entre 73.3 y 80% requería tomar medicamentos diariamente.¹⁰ En la misma línea, el Informe Semestral del Monitoreo de Protección de las Américas del ACNUR señala que 3% de los ingresantes entrevistados se encuentran en situación de discapacidad.¹¹ De estas personas, 30 señalaron tener discapacidad física; 11 señalaron tener discapacidad mental o intelectual; 8 señalaron tener discapacidad visual, y 3 señalaron tener discapacidad en el habla.¹² Sin embargo, solo 2% de migrantes y refugiados son remitidos a servicios especializados en discapacidad.¹³

Es importante detenernos en el especial impacto que tiene la discapacidad sobre las personas migrantes y refugiadas desde un enfoque interseccional. Adoptar un enfoque interseccional supone reconocer que

⁷ Aprobada el 24 de agosto de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2D5Irsq>.

⁸ Publicada el 12 de junio de 2019, disponible en: <https://bit.ly/35qe9MZ>.

⁹ OIM & ACNUR, “Monitoreo de flujo de población venezolana en el Perú”, DTM Ronda 5, Lima, 2019, p. 17, disponible en: <https://bit.ly/3dx4Fnt>.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ ACNUR, “Monitoreo de Protección. Mayo-Junio 2019”, Lima, 2019, p. 4, disponible en: <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/70520>.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, p. 6.

las formas de experimentar la discriminación varían en función de las características particulares de cada sujeto, a partir de un “sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas”.¹⁴ El enfoque permite identificar las consecuencias particulares que surgen de la combinación simultánea de diversos factores de vulnerabilidad en una persona.¹⁵

Las personas con discapacidad, al igual que el resto de personas, tienen derecho a migrar. Así lo establece el artículo 18.c de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD), que señala que tienen derecho a “salir de cualquier país, incluido el propio”. Sin embargo, las personas migrantes y refugiadas con discapacidad enfrentan barreras específicas al momento de migrar que van más allá de las que enfrenta una persona migrante sin discapacidad.¹⁶ Entre ellas, por ejemplo, podemos pensar en la necesidades inmediatas que tendrán las personas con discapacidad (como acceder a atención médica), y la falta de accesibilidad de los procedimientos migratorios (por ejemplo, la dependencia en documentos escritos). Además, una barrera frecuente tiene que ver con las restricciones de salida o ingreso a un país en atención a la discapacidad mental. Para poder hacer frente a estas barreras, resulta necesario incorporar el enfoque de discapacidad a las políticas migratorias.

III. LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE DE DISCAPACIDAD A LA POLÍTICA MIGRATORIA

Proteger adecuadamente a la población migrante con o son discapacidad, desde un enfoque del derecho internacional de los derechos humanos

¹⁴ Crenshaw, Kimberlé, “Mapping the Margins: Interseccionalidad, Identity Politics and Violence Against Women of Color”, en Crenshaw *et al.* (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, p. 140.

¹⁵ Aylward, Carol. “Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide”. *Journal of Critical Race Inquiry*, vol. 1, núm. 1, 2010, p. 17, disponible en: <https://doi.org/10.24908/jcri.v1i1.3549>.

¹⁶ Addaney, Michal *et al.*, “Legal Capacity of and Access to Justice for Refugees with Disabilities in Africa”, *De Jure Law Journal*, vol 52, núm. 1, 2019, p. 338, disponible en: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2225-7160201900010002.

(DIDH), supone reconocer la necesidad de un análisis interseccional. Solo de esta manera se podrá cumplir a cabalidad con el mandato de igualdad material e inclusión que rige el propio DIDH. Por ello, en este acápite abordaremos el modelo social de la discapacidad y las principales herramientas que este ofrece para responder a la situación de las personas migrantes.

1. *El modelo social de la discapacidad y su consagración normativa en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas*

A lo largo del tiempo, la discapacidad se ha entendido desde distintos paradigmas o modelos. Siguiendo la clasificación de Palacios¹⁷, se pueden plantear tres grandes aproximaciones conceptuales a la discapacidad: 1) el modelo de la prescindencia; 2) el modelo médico o rehabilitador, y 3) el modelo social.¹⁸ Bajo el modelo de la prescindencia, las causas de la discapacidad son incomprensibles, se asocian a lo mágico o religioso. La persona con discapacidad no es considerada una persona útil en la sociedad, y tiene posibilidades casi nulas de inclusión.¹⁹ Bajo el modelo médico o rehabilitador, la persona con discapacidad es considerada una persona enferma. En esa línea, sus posibilidades de inclusión están condicionadas a su cura o normalización. Hasta hace unos años, las políticas migratorias para personas con discapacidad del propio ACNUR se regían por este modelo.²⁰

Estas dos aproximaciones a la discapacidad se han visto modificadas por la introducción del modelo social de la discapacidad plasmado en la CDPD,

¹⁷ Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 26.

¹⁸ Para otra clasificación de los abordajes, puede revisarse lo propuesto por Patricia Brogna “La representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes”, *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 157-187.

¹⁹ Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 39.

²⁰ Crock, Mary *et. al.* “Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, núm. 4, 2013, p. 757, disponible en: <https://bit.ly/2L60wuc>.

que entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y de la cual Perú es parte. A diferencia de los modelos anteriores, el modelo social entiende que la discapacidad no radica en la persona, sino que aparece ante la interacción de una deficiencia (de origen biológico) y una barrera (de índole social) que limita o restringe el ejercicio de derechos.²¹ El cambio de enfoque es fundamental, pues las posibilidades de inclusión de la persona con discapacidad no pasarán por los esfuerzos que esta realice, sino por las acciones de la sociedad y el entorno, orientadas a derriban las barreras que impiden ejercer derechos. Partiendo de esta premisa, el modelo social establece la necesidad de mitigar o superar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad a través de medidas jurídicas y no jurídicas.²²

Actualmente, tanto el DIDH como el ordenamiento jurídico peruano se rigen por el modelo social de la discapacidad. Así, la definición de discapacidad se consolida jurídicamente en el artículo 2o. de la CDPD y, en el caso peruano, en el artículo 2o. de la Ley 29973 —Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD) de 2012—, emitida como parte de un proceso de adecuación normativa a dicho modelo. La adopción del modelo social a nivel jurídico supone un cambio paradigmático en la interacción de los Estados con las personas con discapacidad, que afecta incluso la respuesta de los Estados frente a la migración. Es en respuesta a la necesidad de derribar las barreras jurídicas y sociales que los Estados deben asegurar que las políticas migratorias respondan a las necesidades de migrantes con discapacidad, al margen de su cantidad, para cumplir cabalmente con sus obligaciones.

2. *Las tres claves para el enfoque de discapacidad desde el modelo social y su aplicación a las regulaciones de migrantes con discapacidad*

Para abordar la intersección entre las categorías “migrante” y “discapacidad”, es fundamental reconocer que no existe, aún, un estándar internacio-

²¹ Palacios, Agustina, *op. cit.*

²² Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2014, p. 19, disponible en: <https://bit.ly/2A16qKT>.

nal específico en cuanto a las implicancias del modelo social de la discapacidad sobre las normas en materia migratoria. Por el contrario, existen pocas normas y pronunciamientos que puedan orientar la adopción de medidas por parte del Estado. Ni los tratados internacionales en materia de migración y refugio hacen referencia especial a las personas con discapacidad, ni la CDPD hace referencia expresa a la migración.²³

Sin perjuicio de ello, es importante notar que el artículo 11 de la CDPD sí establece una obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y protección de personas con discapacidad en contextos de riesgo y/o emergencias humanitarias. A partir de una interpretación literal y contextual de esta norma, podemos incluir situaciones de migración masiva dentro del supuesto de emergencias humanitarias.²⁴ Así, este artículo resultaría aplicable a la situación de migrantes con discapacidad en Perú.

La expresión “todas las medidas necesarias” del artículo 11 de la CDPD no tiene un contenido específico. Resulta importante, entonces, detenerse sobre el cruce entre las categorías de migración y discapacidad para delimitar el contenido de las obligaciones que tendrían los Estados, como Perú, en situaciones como esta. Para ello, es importante tener presente tres grandes medidas que plantea la CDPD para asegurar el disfrute derechos de las personas con discapacidad en una sociedad: *i*) accesibilidad; *ii*) ajustes razonables, y *iii*) reconocimiento de capacidad jurídica.²⁵

De acuerdo con el artículo 9o. de la CDPD, la accesibilidad está referida a las “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones... a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”.²⁶ Por tanto, se refieren a adaptaciones de dichos entorno, que deben estar disponibles para el uso de toda persona con discapacidad sin que sea necesario solicitarlas. La accesibilidad se garantiza, por ejemplo, asegurando la distribución de información migratoria disponible en braille o audiotexto.

²³ Addaney, Michal *et al.*, *op. cit.*, p. 337.

²⁴ Addaney, Michal *et al.*, *op. cit.*, p. 341.

²⁵ Bregaglio, Renata. “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad”, en Bregaglio, Renata y Salmón, Elizabeth (eds.), *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 87.

²⁶ En el caso peruano las definiciones en la LGPCD (artículo 15) y su Reglamento (artículo 3o, inciso 1) son esencialmente similares.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2o. de la CDPD, los ajustes razonables son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.²⁷ Estas medidas también se refieren a adaptaciones del entorno (incluso un entorno más amplio que el de la accesibilidad), pero tienen la particularidad de que son medidas *ad hoc*. Por tanto, se realizan *ex post* y responden a casos particulares.²⁸ Por ejemplo, podría resultar necesario en el caso específico de una persona con discapacidad mental, sostener entrevistas más largas que el promedio para decidir conceder o no determinado estatus migratorio. Volveremos a estos ejemplos en el acápite IV del presente artículo.

Finalmente, el reconocimiento de la capacidad jurídica se encuentra en el artículo 12 de la CDPD. De acuerdo con dicho artículo, todas las personas con discapacidad deben tener la capacidad de tomar sus propias decisiones a partir de su voluntad expresada. Esto implica, entre otras cuestiones, que los ordenamientos civiles de los Estados partes dejen de catalogar a las personas con discapacidad como incapaces. El artículo 12.3 del mismo ordenamiento establece que en el ejercicio de esta capacidad jurídica, las personas con discapacidad podrían libremente designar “apoyos para la toma de decisiones”. Estos no son curadores, sino mecanismos para facilitar la voluntad frente a una decisión de contenido jurídico.

Esto es particularmente relevante en el contexto peruano, pues en septiembre de 2018 se publicó el Decreto Legislativo 1384, que modificó el Código Civil en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad. En virtud de esta modificación, todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. En el caso de la práctica migratoria, no podría negarse el acceso a trámites migratorios y menos aún, restringir la libertad de una persona migrante con discapacidad.

En consecuencia, si bien en el marco del artículo 11 de la CDPD existe cierta libertad de los Estados al determinar las medidas que adoptarán para

²⁷ La misma definición se encuentra en el Reglamento de la LGPCD (artículo 3.2).

²⁸ Constantino Caycho, Renato y Galicia Vidal, Saulo, “La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas”, *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014*, 2015, p. 265, disponible en: <https://bit.ly/2WbiodI>.

atender a migrantes y refugiados con discapacidad, estas deberán realizarse tomando en cuenta las medidas de accesibilidad, ajustes razonables y reconocimiento de capacidad jurídica. En esta línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité) ha formulado observaciones sobre la situación de refugiados y migrantes con discapacidad a los Estados partes bajo el amparo del artículo 11 de la CDPD. En sus observaciones, el Comité, si bien no ha determinado una manera única de satisfacer esta obligación, sí ha planteado medidas que responden a los tres elementos del enfoque.

Así, ha señalado a los Estados que deben tomar medidas diversas, partiendo de la infraestructura existente para atender a situaciones de emergencia. Entre otras medidas, el Comité ha recomendado la adopción de planes y estrategias nacionales integrales de protección a personas con discapacidad; la mejora de programas y políticas de refugio para personas con discapacidad; la mejora de accesibilidad, y la adopción de otras medidas. Podemos ver algunas de sus recomendaciones formuladas en la siguiente tabla:

TABLA 1. RECOMENDACIONES FORMULADAS POR EL COMITÉ EN MATERIA DE REFUGIO Y MIGRACIÓN

<i>Estado</i>	<i>Año</i>	<i>Recomendación</i>
Kenia	2015	Adoptar una estrategia de riesgo y emergencia que integre una perspectiva de discapacidad.
Portugal	2016	Mejorar las políticas y programas de atención a migrantes, solicitantes de asilo y de refugio con discapacidad.
Uganda	2016	Aprobar un plan nacional para asegurar la accesibilidad, inclusión y protección de personas con en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Proporcionar información accesible.
Italia	2016	Asegurar que las personas con discapacidad que ingresan al país accedan a servicios e instalaciones, y que las personas con discapacidad psicosocial reciban apoyo y rehabilitación.
Jordania	2017	Adoptar una estrategia integral, protocolos de emergencia y reducción del riesgo de desastre que sean accesibles.

Estado	Año	Recomendación
Canadá	2017	Realizar un estudio sobre el acceso de personas asiladas y refugiadas a los derechos reconocidos en la CDPD. Asegurar la provisión de información accesible para solicitantes de asilo y refugio. Establecer programas de capacitación en materia de discapacidad para funcionarios de cooperación y asistencia internacional.
Algeria	2018	Adoptar medidas para supervisar la situación de las personas con discapacidad en campamentos de refugiados y desplazados internos. Garantizar el acceso a todos los servicios disponibles en dichos campamentos.

FUENTE: Elaboración propia, adaptado de Camino, Paula, *Riesgos invisibilizados: la necesidad de una directiva de atención a refugiados y refugiadas con discapacidad*, tesina para optar por el grado Bachiller en Derecho, Lima, PUCP, 2020, p. 24, disponible en: <https://bit.ly/2WCQIqH>.

Adicionalmente, el Comité se ha referido a las personas migrantes con discapacidad fuera del contexto del artículo 11. En 2019, el Comité recomendó a Turquía adoptar un protocolo de provisión de ajustes razonables en los procedimientos migratorios y de determinación del estatus de refugiado, así como asegurar que las políticas públicas atiendan a las necesidades de migrantes y refugiados con discapacidad.²⁹ En el mismo sentido, también ha recomendado a Estados, Arabia Saudita, Noruega, Chipre, Alemania, Ruanda y Reino Unido que aseguren que los migrantes y refugiados con discapacidad sean considerados en las políticas y programas estatales, de manera puedan acceder a los servicios necesarios para ejercer los derechos reconocidos en la CDPD.³⁰

Es importante tomar en cuenta también los pronunciamientos por el Comité de Trabajadores Migrantes de Naciones Unidas. Aunque no se ha

²⁹ Comité, Observaciones finales a Turquía, CRPD/C/TUR/CO/1, 2019, párr. 39.

³⁰ Comité, Observaciones finales a Arabia Saudita, CRPD/C/SAU/CO/1, 2019, párr. 34; Observaciones finales a Noruega, CRPD/C/NOR/CO/1, 2019, párr. 12; Observaciones finales a Chipre, CRPD/C/CYP/CO/1, 2017, párr. 16; Observaciones finales a Alemania, CRPD/C/DEU/CO/1, 2015, párrs. 16, 48; Observaciones finales a Ruanda, CRPD/C/RWA/CO/1, 2019, párr. 30; Observaciones finales al Reino Unido, CRPD/C/GBR/CO/1, 2017, párr. 31.

pronunciado de manera directa respecto de contextos de emergencia, ha destacado de manera amplia la necesidad de remover cláusulas discriminatorias de las legislaciones y políticas migratorias de los países miembros en su Observación General 3,³¹ así como sus observaciones finales a Honduras, Belice, Sri Lanka y México.³²

En ese sentido, tratar con personas migrantes y refugiadas con discapacidad exige a los Estados adoptar medidas específicas que respondan a la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Estas medidas, además, deben alinearse al modelo social de la discapacidad actualmente vigente en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto implica, entonces, implementar medidas de accesibilidad, ajustes razonables y reconocer la capacidad jurídica en distintos aspectos del proceso migratorio, como detallaremos en las siguientes secciones.

IV. RETOS Y LINEAMIENTOS A PARTIR DEL CONTEXTO PERUANO Y COMPARADO

Como hemos señalado al inicio, la situación migratoria que ha enfrentado Perú en los últimos años ha generado diversos retos a nivel jurídico-político. En parte, esta situación puede ser atribuida a la falta de preparación institucional frente a una migración masiva, que se acentúa si pensamos en el caso de personas con discapacidad. En el ordenamiento jurídico peruano ni la LGPD, ni la Ley N° 27891 —Ley General del Refugiado— ni su Reglamento, contemplan disposiciones específicas sobre migración y discapacidad. Solo el Decreto Legislativo 1350 —Decreto Legislativo de Migraciones— hace referencia a las personas con discapacidad como parte del

³¹ Comité de Trabajadores Migrantes de Naciones Unidas, Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22, 2017, párrs. 21-25.

³² Comité de Trabajadores Migrantes, Observaciones finales a Honduras, CMW/C/HND/CO/1, 2016; Observaciones finales a Belice, CMW/C/BLZ/CO/1, 2014; Observaciones finales a Sri Lanka, CMW/C/LKA/CO/2, 2016; Observaciones finales a México, CMW/C/MEX/CO/3, 2017.

colectivo de “personas extranjeras en situación de vulnerabilidad”.³³ Este Decreto, además, considera a los/as hijos/as con discapacidad mayores de edad que no puedan proveer su propia subsistencia como miembros de la unidad migratoria familiar.³⁴

Si bien el Decreto en cuestión no establece regulaciones específicas para este colectivo, sí establece, en su artículo 11, que las autoridades competentes en materia migratoria deben poner en conocimiento de las demás autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad, a fin de que estas adopten las medidas de protección necesarias. Adicionalmente, la norma dispone que corresponde a las autoridades en materia migratoria adoptar los criterios necesarios para prestar asistencia a personas en situación de vulnerabilidad. A la fecha, no se han adoptado regulaciones complementarias para materializar este mandato en un texto unificado. Existen, empero, resoluciones administrativas (como la Resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones 117-2019) y políticas institucionales que se alinean a este artículo (como la emisión del carnet de vulnerabilidad), que serán analizadas en los siguientes párrafos.

Frente a este panorama, no es sorprendente que las personas migrantes y refugiadas con discapacidad se enfrenten a situaciones adversas al llegar a Perú. A continuación, se realiza una sistematización de dichos retos, a partir de la experiencia de la migración venezolana, y se proponen lineamientos para dar una respuesta adecuada desde el modelo social de la discapacidad. Cabe señalar que, a la fecha, no se cuenta con información detallada sobre la situación de personas migrantes y refugiadas con discapacidad en el país. Por ello, los problemas han sido reconstruidos, en buena cuenta, a partir de relatos de migrantes, así como de funcionarios públicos y de cooperación internacional en Perú.

³³ Artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones. De manera complementaria, el artículo 226 del Reglamento establece que “son personas en situación de vulnerabilidad aquellas personas extranjeras que se encuentran en situación de desprotección o riesgo de no acceder al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales en nuestro país”. El artículo 227 establece que son supuestos de vulnerabilidad, entre otros, el ser persona con discapacidad o con grave enfermedad. Decreto Supremo 007-2017-IN, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones y aprueban nuevas calidades migratorias, publicado el 27 de marzo de 2017.

³⁴ Artículo 38 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

1. Solicitantes de refugio

Actualmente, las personas de nacionalidad venezolana que llegan a la frontera peruana no cuentan con la posibilidad de ingresar sin visa previa. En ese sentido, muchas personas optan por formular solicitudes de reconocimiento del estatus de refugiado/a. En Perú, de conformidad con el Reglamento de la Ley General del Refugiado, el procedimiento de reconocimiento del estatus de refugiado tiene tres etapas: una etapa escrita (solicitud), una etapa oral (entrevista) y una etapa de evaluación, todas a cargo de la Comisión Especial de Refugiados (CEPR) del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ya en este procedimiento regular, las personas solicitantes de refugio en situación de discapacidad enfrentan una serie de barreras.

Una primera barrera surge en relación con la accesibilidad de la información sobre el procedimiento. La obligación de adoptar medidas de accesibilidad, consagrada en el artículo 9o. de la CDPD y 15 de la LGPD, supone que el Estado debe tomar medidas previas para asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a dicha información, así como elegir la forma más adecuada de comunicarse. En línea con el artículo 21 de la LGPD, las entidades públicas deben garantizar la accesibilidad y libertad de elección de las personas con discapacidad en la comunicación. Esta obligación se puede satisfacer de diversas maneras. En el caso de personas con discapacidad visual, se pueden proveer los formularios en braille, mientras que en el caso de personas con discapacidad intelectual se podrá proveer documentos de lectura fácil. No obstante, estos no son los únicos formatos de comunicación accesibles reconocidos por la legislación peruana. Por ello, es necesario proveer formatos de comunicación táctil, macrotipos, visualización de textos, dispositivos multimedia, sistemas auditivos, medios de voz digitalizada y otros modos o medios aumentativos o alternativos de la comunicación.

En Perú, sin embargo, la información sobre el trámite de solicitudes de refugio se difunde por vía escrita y en páginas *web* que no pueden ser leídas por los *software* lectores de pantalla. Por ello, aún existe una tarea pendiente del Estado en cuanto a la accesibilidad de la información para formular una solicitud y navegar el procedimiento de reconocimiento.³⁵ De lo contrario,

³⁵ ACNUR, Conclusión general sobre la protección internacional No. 110, 2010; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales a Uganda*,

las personas con discapacidades visuales e intelectuales se encontrarán en situación de desventaja frente a la posibilidad de ser reconocidas como refugiados en el país.

Un segundo problema surge en relación con la adopción de medidas de accesibilidad y ajuste razonable a lo largo del procedimiento de solicitud. Siguiendo las recomendaciones del ACNUR y del Comité, los Estados deberían contar con solicitudes y entrevistas que sean plenamente accesibles.³⁶ Esto implica, por ejemplo, que desde un inicio se debería asegurar que la persona con discapacidad pueda llenar su propia solicitud de refugio en el lenguaje que les resulte accesible. En efecto, el artículo 19 del Reglamento de la Ley General del Refugiado establece que cuando una persona no pueda llenar una solicitud de refugio, se le deben otorgar “las facilidades para continuar con el trámite”. Esta norma, leída desde una perspectiva de discapacidad, por supuesto, nos lleva a entender que se deben adoptar las medidas de accesibilidad ya mencionadas para facilitar el llenado de una solicitud de refugio. En la misma línea, y de conformidad con el artículo 23 del Reglamento de la Ley General del Refugiado, las entrevistas deberían contar con un intérprete de lengua de señas cuando ello resulte necesario.

Además, cuando las medidas de accesibilidad no resulten suficientes, deberán aplicarse ajustes razonables que permitan responder a la diversidad de migrantes que ingresan a Perú.³⁷ Por ejemplo, cuando las entrevistas se realizan a personas con discapacidad intelectual o psicosocial, estas se deben llevar a cabo en lenguaje sencillo, de resultar necesario. Y dado que no es posible prever los ajustes razonables que necesitará cada solicitante de refugio, es importante que exista un mecanismo que permita solicitarlos de manera previa a la entrevista o evaluación.

Dado que no es posible prever los ajustes razonables que necesitará cada solicitante de refugio, es importante que exista un mecanismo que permita

CRPD/C/UGA/CO/1, 2016, párr. 21; ACNUR e Inter-Parliamentary Union, *A Guide to International Refugee Protection and Building State Asylum Systems. Handbook for Parliamentarians N° 27*, Ginebra, Inter-Parliamentary Union-United Nations High Commissioner for Refugees, 2017, p. 181.

³⁶ ACNUR, Conclusión general sobre la protección internacional No. 110, 2010, literal j; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017, Observaciones finales a Canadá. CRPD/C/TUR/CO/1, párr. 16.

³⁷ ACNUR e Inter-Parliamentary Union, *op. cit.*, p. 110.

solicitarlos de manera previa a la entrevista o evaluación. Sin embargo, el sistema *web* de registro de solicitudes y citas utilizado por la CEPR no permite registrar la discapacidad, ni registrar solicitudes de ajustes razonables o medidas de accesibilidad.³⁸ Más aún, en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública núm. 473-2019 formulada por las autoras, el Ministerio de Relaciones Exteriores señaló que no existe un protocolo u otro documento que regule la adopción de ajustes razonables en la entrevista de calificación.

Por lo explicado, es claro que no se adoptan medidas de accesibilidad ni ajustes razonables con anticipación en el procedimiento de determinación del estatus de refugiado. A lo sumo, las personas pueden solicitar las medidas necesarias al momento de la entrevista, pero conseguir implementarlas resultará difícil. Según señala el Ministerio de Relaciones Exteriores, se procura derivar los casos de personas con discapacidad a un analista psicólogo de profesión que forma parte de la CEPR.³⁹ Sin embargo, estas medidas *ad hoc* pueden resultar en retrasos aún mayores al momento de procesar las solicitudes, que resultan sumamente perjudiciales en los casos de personas con discapacidad.

Un tercer problema surge en la etapa de evaluación. En esta, los/as funcionarios/as públicos/as deben verificar la concurrencia de los requisitos normativos para el reconocimiento del estatus de refugiado/a. En torno a esta evaluación, hemos tomado conocimiento de diferentes versiones de lo que ocurre en la frontera. Ciertas fuentes señalan que el módulo de cancillería ubicado en el Centro Binacional de Atención en Frontera (CEBAF) de la frontera realiza un examen preliminar a efectos de determinar si hay persecución o no.⁴⁰ Otra fuente señala que al llegar a la frontera, las personas pueden formular una solicitud de refugio en el CEBAF. En esos casos, tienen una entrevista en el lugar, los datos se envían a Lima, y se emite una decisión.⁴¹ En respuesta a la solicitud de acceso a la información pública núm. 473-2019 formulada por las autoras, el Ministerio de Relaciones Exteriores señala que el procedimiento de calificación se inicia con una entrevista en las oficinas de la Secretaría

³⁸ El contenido del formulario se puede visualizar en: <https://citasrefugiados.gob.pe/>.

³⁹ Respuesta remitida a la solicitud de acceso a la información núm. 473-2019.

⁴⁰ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 1.

⁴¹ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 2.

Ejecutiva de la CEPR, que luego es evaluada a Lima. En todo caso, lo importante para es que al realizar esta evaluación, los funcionarios deberían incorporar un enfoque de discapacidad.

Esto presenta algunos retos al evaluar el temor fundado de persecución de una persona con discapacidad psicosocial. El primero de ellos tiene que ver con la falta de credibilidad respecto de aquellos hechos que motivan su solicitud. El que la persona con discapacidad añada a su relato hechos poco verosímiles o inconsistentes lleva a que los funcionarios que evalúan su solicitud duden sobre la veracidad de estos.⁴² El segundo reto está en la necesidad de valorar la discapacidad de la persona solicitante al evaluar la solicitud de refugio. Verificar la existencia de un “temor fundado de persecución” tiene un componente objetivo, pero también un componente subjetivo. Este último, tradicionalmente, se evalúa en base a un parámetro de racionalidad. Tal parámetro, sin embargo, resulta inadecuado de cara a las solicitudes que presentan personas con discapacidad psicosocial. En esa línea, el ACNUR ya ha señalado que la evaluación del temor fundado es “inseparable de una evaluación de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de diferentes individuos pueden no ser las mismas en condiciones idénticas” (traducción propia).⁴³

Ante las dificultades que genera evaluar el temor fundado de persecución en casos como estos, se han ensayado diversas opciones. Por un lado, se propone evaluar el temor de los acompañantes de la persona con discapacidad, prescindiendo de la experiencia de la propia persona con discapacidad. Esta propuesta no resulta satisfactoria, pues contradice uno de los postulados fundamentales del modelo social —el reconocimiento de la autonomía.⁴⁴ Por otro lado, el ACNUR propone la implementación de un análisis diferenciado, que acepte o bien un temor razonable o uno que parezca exagerado si es que, dadas las circunstancias, podría ser justificado.⁴⁵ Esta última propuesta supone incorporar una opinión médica sobre la discapacidad, y

⁴² Información proporcionada de manera confidencial por el informante 3.

⁴³ Texto original: “An evaluation of the subjective element is inseparable from an assessment of the personality of the applicant, since psychological reactions of different individuals may not be the same in identical conditions”. ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, ACNUR, 2019, p. 19.

⁴⁴ Crock, Mary *et al.*, *op. cit.*, pp. 743 y 744.

⁴⁵ ACNUR, *Manual de Procedimientos...*, *cit.*, p. 19.

dar mayor relevancia al elemento objetivo y la historia de vida del solicitante, para determinar la fundabilidad del temor alegado.⁴⁶

En nuestra opinión, requerir un informe médico o psiquiátrico puede llevar a medicalizar la discapacidad, retornando a los fundamentos del modelo médico. Con ello se corre el riesgo de ubicar la discapacidad en la persona y, a partir de ello, proyectar conclusiones generalizables a todas las personas en la misma situación. Las autoras no niegan que una persona con discapacidad psicosocial pueda tener percepciones falsas de la realidad. No obstante, esto no ocurrirá en todos los casos ni con todas las personas que tengan un mismo diagnóstico. Solicitar un diagnóstico como parte de la evaluación podría llevar a asumir que siempre la persona con discapacidad estará narrando hechos falsos, y ciertamente un personal médico no podría diferenciar los hechos verdaderos de los falsos. Ello sin contar la dificultad de hallar personal médico calificado para dar ese diagnóstico en los puntos de frontera, especialmente si tenemos en cuenta que en 2019 Perú solo contaba con 1,082 psiquiatras⁴⁷, y la dificultad de generar diagnósticos psiquiátricos en un lapso corto de tiempo.

En ese sentido, proponemos (en línea con lo que plantea el ACNUR) que ante los indicios de estar en presencia de una persona con discapacidad psicosocial se realice un análisis diferenciado del temor fundado a cargo de la CEPR, pero tomando en consideración algunas garantías específicas: *i*) prescindencia de la evaluación médica (si la persona cuenta con un documento que acredite discapacidad, este solo deberá servir para confirmar los indicios que llevan a la aplicación de estas garantías, pero no para determinar la veracidad o falsedad de sus narraciones); *ii*) realizar (a modo de ajuste razonable) una entrevista más larga, o incluso varias entrevistas a lo largo de algunos días; *iii*) evaluar la necesidad de que en la entrevista se encuentre presente también algún familiar o persona de confianza para la persona con discapacidad, y *iv*) si el relato resulta confuso o inverosímil, dar mayor valoración a los elementos contextuales (si una persona dice que una “bruja” la persigue, antes que dudar de la persecución habrá que indagar si el personaje “bruja” podría representar a alguien).

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 208-212.

⁴⁷ Treneman, Alvaro, “¡Alarmante! En el Perú solo existen 1082 psiquiatras de los cuales solo cinco se especializan en adicciones”, *Perú 21*, 20 de noviembre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/3dCZwu7>.

Tomando estas dificultades en cuenta, un examen previo como el que supuestamente se estaría realizando en la frontera podría generar un impacto perjudicial en las solicitudes de personas con discapacidad psicosocial. El ACNUR ya se ha pronunciado sobre el uso de mecanismos de *screening* o preexamen, en el marco del “Plan de Acción de los 10 Puntos”, señalando claramente que la información recabada en esta primera preevaluación no debe ser determinante en la evaluación de la condición de refugio.⁴⁸ No obstante, es claro que estos exámenes previos, por su naturaleza, tendrán la finalidad de ser un mecanismo rápido de filtro de solicitantes. La rapidez no resulta nunca adecuada para entrevistar a una persona con discapacidad. En todo caso, ante indicios de discapacidad psicosocial, lo más adecuado sería no filtrar a la persona en el preexamen y permitirle acceder al trámite de entrevista regular con las garantías aquí propuestas.

2. *Solicitantes de otras categorías migratorias en contextos de emergencia*

Las personas migrantes con discapacidad también pueden acceder a otras calidades migratorias contempladas en la normativa peruana. Nos enfocaremos en dos de ellas que resultan particulares: la calidad migratoria que llamaremos *ad hoc*, y la residencia por razones humanitarias. En relación con la primera calidad migratoria, el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1350 establece que la Superintendencia Nacional de Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores pueden emitir documentos y/o permisos de permanencia temporal o residencia pertinentes para asistir a personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran las personas con discapacidad. En virtud de este artículo, del Oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores (DGC) N° 2-10-E/1081 de mayo de 2019, y la Resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones 117-2019, se ha implementado una calidad migratoria *ad hoc* por situación de vulnerabilidad desde junio de 2019.

⁴⁸ ACNUR, “Mechanisms for Screening and Referral, The 10 Point Plan in Action”, 2016, p. 114, disponible en: <https://bit.ly/3dpk6xD>.

La resolución referida dispone que en ciertos casos,⁴⁹ incluyendo casos de mayores de edad “en situación de extrema vulnerabilidad”, sólo se exigirá la presentación de una cédula de identidad para acceder al país. Hemos tomado conocimiento de que se ha utilizado esta cláusula para facilitar el ingreso de migrantes con discapacidad.⁵⁰ Si bien esto puede considerarse positivo de cara a otorgar la protección necesaria a las personas con discapacidad, algunas han reportado que las autoridades peruanas de frontera solicitan un informe médico emitido por un médico ecuatoriano o peruano para acreditar la discapacidad.⁵¹

Cuando esto ocurre, el acceso a la visa humanitaria resulta inviable, pues la persona con discapacidad no tiene posibilidad de acceder a un certificado médico en la frontera y, como se verá más adelante, para obtener este certificado se requiere contar con Documento Nacional de Identidad o Carnet de Extranjería. Aún si la persona tuviese la posibilidad de obtener un certificado de discapacidad, este trámite puede demorar hasta varios meses. En esa medida, la persona con discapacidad a quien se solicite dicho certificado para acceder a la calidad migratoria *ad hoc* resultará impedida de ingresar al país. En nuestra opinión, solo se justificaría solicitar este documento no siendo visible la discapacidad, o si la persona no tuviese un documento de su propio país que la acredite. En su lugar, podría aceptarse cualquiera de los siguientes documentos: certificado o carnet de discapacidad del país de origen, informe médico de un centro público o privado, o certificado de discapacidad peruano.

En relación con la segunda calidad migratoria, el artículo 29.2.k del Decreto Legislativo 1350 establece que la Superintendencia de Migraciones puede emitir un “permiso de residencia en su versión humanitaria”.⁵² Esta categoría migratoria opera para aquellas personas que, sin reunir las

⁴⁹ La Resolución precisa los siguientes supuestos: *i*) menores de edad en tránsito hacia el Perú para reunirse con sus padres que no cuenten con cédula de identidad o pasaporte sino únicamente partida de nacimiento; *ii*) mayores de edad en tránsito hacia el Perú para reunirse con su núcleo familiar residente en Perú; *iii*) mayores de edad en situación de extrema vulnerabilidad en tránsito hacia el Perú; *iv*) mujeres embarazadas en situación de extrema vulnerabilidad en tránsito hacia el Perú, y *v*) adultos mayores, de más de 60 años, en tránsito hacia el Perú.

⁵⁰ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 1.

⁵¹ *Idem*.

⁵² El texto del artículo citado señala lo siguiente: “Artículo 29.2. Residencia:
...

condiciones necesarias para acceder al reconocimiento como refugiadas, se encuentran en situaciones de gran vulnerabilidad o provienen de países en situaciones excepcionales de crisis humanitaria. La mencionada Resolución 117-2019 estableció una serie de requisitos para acceder a esta residencia. Asimismo, la misma Superintendencia emitió los “Lineamientos para la emisión del Carnet de Extranjería a personas de nacionalidad venezolana con calidad migratoria de residente humanitario”.

Dichos lineamientos establecen en su artículo 5.1.2.b que si se trata de una persona mayor de edad “con discapacidad absoluta que le impida manifestar su voluntad de manera indubitable”, se deberá presentar un “documento emitido por autoridad competente que acredite curatela o nombramiento de figura legalmente afín”. Este requisito a todas luces resulta contrario al mandato de reconocimiento de capacidad jurídica previsto en la artículo 12 de la CDPD y desconoce la reforma del Código Civil de 2018. Además, aun asumiendo la validez de la restricción de capacidad jurídica, resultaría incomprensible que se condicione la emisión de un documento de identidad a la adopción de medidas de incapacitación.

En una línea similar, en octubre de 2020 se publicó el Decreto Supremo No. 010-2020-IN, que aprueba medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros y extranjeras. Dicha norma en su artículo 7o. señala que en el caso de “personas extranjeras mayores de 18 años con discapacidad permanente, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable”, deberá presentarse, entre otros requisitos, una “copia simple del documento que acredite la representación legal de acuerdo al Código Civil”.

A diferencia de la anterior, esta norma no tiene como supuestos de hecho el estar bajo curatela, sino el no poder manifestar voluntad. En este supues-

k. Humanitaria. Para el extranjero que encontrándose en territorio nacional y sin reunir los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado, se encuentre en situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o para quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales. Del mismo modo, será aplicable para los solicitantes de refugio y asilo o para quienes hayan migrado por motivos de desastres naturales y medioambientales; o para quienes han sido víctima de trata o tráfico de personas; o para las niñas, niños y adolescentes no acompañados; o para apátridas. También se aplica para personas que se encuentren fuera del territorio nacional en situaciones excepcionales de crisis humanitaria reconocida internacionalmente, que soliciten venir al Perú y obtener protección. Permite realizar actividades lucrativas de manera subordinada, autónoma o por cuenta propia”.

to, el Código Civil reformado establece la posibilidad de designar apoyos excepcionales para materializar un acto jurídico que es necesario para la persona con discapacidad. En nuestra opinión, la norma buscaría únicamente acreditar que la persona con discapacidad no ha sido traída al país en contra de su voluntad (o sin conocerla), y por ello podría entenderse como necesario formalizar que una tercera persona actúe como su apoyo para la regularización migratoria. Sin embargo, sería deseable que la norma se adecue a la terminología del Código Civil e hiciera referencia a este. Ello haría que en lugar de hablar de “representación legal” se hable de “apoyos”, y que el estándar de no manifestación de la voluntad sea el utilizado en el artículo 659-E del Código (y no dejar a interpretación de la autoridad migratoria cómo entender este requisito). Asimismo, se debería asumir que frente a un escenario en donde no exista formalización previa, la solución no puede ser la expulsión de la persona con discapacidad, sino justamente el buscar esta formalización con las autoridades nacionales. Pero incluso esta interpretación resulta cuestionable, tanto desde el punto de vista convencional como del práctico. En todo caso, lo cierto es que al dejarse un amplio margen a los operadores de primera línea, es probable que sea interpretada de manera tal que se exija un documento que acredite la interdicción o curaduría.

3. Internamiento de personas con discapacidad *psicosocial en centros psiquiátricos*

Como hemos señalado, en los últimos años, el entendimiento sobre la discapacidad ha cambiado a partir de la irrupción del modelo social de la discapacidad. Tal conceptualización no solamente es un esfuerzo académico, sino que tiene correspondencia con diferentes instrumentos normativos, como el artículo 12 de la CDPD. En la misma línea de que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, el artículo 14 de la CDPD señala que los Estados deben asegurar que las personas con discapacidad “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

Determinar cuál es el alcance concreto de la prohibición sin duda no es tarea sencilla. A nivel del sistema universal de derechos humanos, no existe un

acuerdo de si es posible o no internar contra su voluntad a una persona con discapacidad psicosocial.⁵³ Aquí podrían plantearse dos grandes posiciones.⁵⁴

La primera posición plantea que el internamiento involuntario de personas es permisible cuando se utilice como último recurso, siempre que sea necesario y proporcional. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 35. El Comité señala que

... toda privación de libertad deberá ser necesaria y proporcional, con el propósito de impedir que el interesado se haga daño o cause lesiones a terceros. Deberá aplicarse solo como medida de último recurso y por el periodo de tiempo apropiado más breve posible; y deberá ir acompañada de garantías procesales y sustantivas adecuadas establecidas por ley.⁵⁵

A juicio del Comité, ésta sería una restricción proporcional de los derechos de una persona con discapacidad consagrados en la CDPD frente a una amenaza a la vida o salud.⁵⁶

La segunda posición, asumida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala que, siguiendo la literalidad del artículo 14, una persona con discapacidad jamás podría ser internada involuntariamente, pues el internamiento siempre tendrá base en la discapacidad.⁵⁷ A juicio del Comité, permitir el internamiento bajo coerción sería una forma desproporcionada de proteger los derechos de las personas con discapacidad intelectual.⁵⁸ Esta posición también ha sido recogida por la doctrina en materia de discapacidad, cuyos autores señalan que el artículo 14 de la

⁵³ Wayne, Martin y Gurbai, Sandor, *Surveying the Geneva Impasse: Coercive Care and Human Rights*, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 64, 2019, p. 117, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2019.03.001>.

⁵⁴ Para un estudio más detallado de estas posiciones, véase Gurbai, Sandor y Martin, Wayne, *Is Involuntary Placement and Non-Consensual Treatment Ever Compliant with UN Human Rights Standards? A Survey of UN Reports (2006-2017)*, Essex, Essex Autonomy Project, 2018.

⁵⁵ Comité sobre los Derechos Humanos, Observación general No. 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, 2015, párr. 19.

⁵⁶ Wayne, Martin y Gurbai, Sandor, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

⁵⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities", 2015, párrs. 6-10.

⁵⁸ Wayne, Martin y Gurbai, Sandor, *op. cit.*, p. 120.

CDPD supone una prohibición de todo tipo de internamiento que haya sido rechazado por una persona con discapacidad.

En el ordenamiento jurídico peruano la LGPCD indica en su artículo 10 que: “Nadie puede ser privado de su libertad en razón de discapacidad”. Las normas en materia de salud se alinean a la primera posición. El artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud (modificada por Ley 29889 y Ley 30947) indica que “el tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia”. Asimismo, establece que el internamiento será válido solo si se observan una serie de garantías formales, incluyendo la incorporación de una segunda opinión médica previa al internamiento, la duración de éste por el tiempo estrictamente necesario, y la revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento (artículo 11). En adición a ello, la reciente Ley 30947, Ley de Salud Mental de 2019, establece que para que sea válido un internamiento involuntario, éste debe darse solo si existe un riesgo para la propia persona con discapacidad o para terceros, y debe tener una duración máxima de doce horas (artículo 5o., inciso 3).

En una línea similar, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la restricción la libertad a una persona con discapacidad psicosocial debe ser excepcional, y debe darse solo si busca “garantizar la seguridad de dicha persona o de terceros”.⁵⁹ Además, esto solo será posible “en tanto se establezcan las garantías procesales y sustantivas adecuadas, siempre respetando la dignidad de la persona (como *ultima ratio*, siempre que sea una medida legal y no arbitraria, en un centro de salud especializado, y esté sujeta a revisión periódica por la autoridad competente)”⁶⁰. Cuando esas condiciones no se presenten, “está proscrita la posibilidad de restringir o privar del goce efectivo del derecho a la libertad personal a las personas con discapacidad únicamente por motivos de discapacidad, sea que se trate de una discapacidad real o una percibida”.⁶¹

Pese a este marco normativo, hemos tomado conocimiento de que las personas con discapacidad psicosocial reconocidas como refugiados/as han

⁵⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Exp. 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 58

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 60.ii.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 60.i.

sido enviadas, en la mayoría de los casos, al Hospital Víctor Larco Herrera (un centro psiquiátrico ubicado en Lima).⁶² En efecto, en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública núm. 473-2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores señala que tiene una práctica de derivación de personas con discapacidad psicosocial a instituciones psiquiátricas, como el Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi” y el Hospital Cayetano Heredia en aras de “buscar su estabilización”.

Esta práctica se viene implementando de conformidad con el Protocolo de Atención en Salud Mental para Solicitantes de Refugio en el Perú de la Comisión Especial para los Refugiados, remitido en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública núm. 473-2019. Desde un inicio, se puede identificar una clara ausencia de un enfoque de discapacidad en este Protocolo, pues el marco legal del mismo omite referirse a la CDPD, la LGPD y su Reglamento, y la Ley General de Salud. Esto es preocupante cuando son precisamente estas normas las que establecen los requisitos y, aún más importante, las garantías aplicables al internamiento de personas con discapacidad psicosocial. Ahora bien, debemos reconocer que el Protocolo está pensando en un universo más amplio de solicitantes de refugio que requieran atención en salud mental —no solo en personas con discapacidad. Aun así, el documento se limita a establecer la necesidad de implementar canales de atención entre la CEPR y el Hospital Víctor Larco Herrera, en virtud de los cuales se derivan los casos de solicitantes de refugio “que necesiten una atención psiquiátrica, ya sea de emergencia o seguimiento”.⁶³

El Protocolo remitido no establece criterios de derivación, garantías de protección a la persona con discapacidad ni mecanismos de seguimiento. Esto resulta preocupante, pues implica que existe un espacio sumamente grande de desprotección una vez que la persona que requiere atención en salud mental es enviada al centro psiquiátrico. Además de ello, es notable la ausencia absoluta de referencias al consentimiento informado de la persona con discapacidad que es derivada a un centro psiquiátrico. En efecto, hemos tomado conocimiento de que varios solicitantes de refugio con discapacidad psicosocial han sido enviados al Hospital Víctor Larco Herrera.⁶⁴

⁶² Información proporcionada de manera confidencial por los informantes 3 y 4.

⁶³ Respuesta a solicitud de acceso a la información pública núm. 473-2019, pp. 3 y 4.

⁶⁴ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 3.

La ausencia de garantías del Protocolo, combinada con la práctica y la falta de delimitación de un estándar claro que permita identificar cuando una persona requiere una atención de emergencia, no solamente demuestra una falta de sensibilización a los riesgos que enfrentan las personas con discapacidad psicosocial, sino que genera un espacio en el cual estas personas pueden ser víctimas de diversas violaciones de sus derechos humanos. La situación es particularmente preocupante pues no solo se actúa de oficio, sin una evaluación clara, sino además se señala que la mayoría de personas con discapacidad psicosocial han llegado a Perú solas.⁶⁵ Esto resulta inválido a la luz, tanto del estándar nacional como internacional; además, resulta paradójico que se piense que una persona que ha atravesado medio continente sola no tenga claridad respecto de su deseo de residir y movilizarse en un país, y de recibir tratamiento médico o no. Finalmente, el internamiento implica un amplio espacio de riesgo, pues las personas con discapacidad psicosocial no tendrán un contacto externo con quien comunicarse si es que son víctimas de maltrato al interior del establecimiento.

4. Acceso a servicios públicos

Una vez que ingresan al país, las personas migrantes y refugiadas con discapacidad indican tener dificultades para acceder a una variedad de servicios públicos, en particular educación y salud. En materia educativa, se enfrentarán a barreras en el acceso y permanencia, dada la falta de escuelas inclusivas. En materia de salud, los migrantes con discapacidad muchas veces requieren atención pronta a causa del impacto adverso del viaje sobre su salud.

En educación, a nivel comparado, los estudios de campo han identificado que la mayoría de niños/as con discapacidad enfrentan barreras en el acceso a la educación regular.⁶⁶ Cuando los niños/as migrantes y refugiados logran acceder a servicios educativos, en contextos de emergencia, estos generalmente no tienen estructuras ni materiales educativos accesibles.⁶⁷ Adicionalmente,

⁶⁵ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 1.

⁶⁶ Smith-Khan, Laura, "Overcoming Barriers to Education for Refugees with Disabilities", *Legal Studies Research*, paper No. 13/31, Sydney, The University of Sydney, 2013, p. 5, disponible en: <https://bit.ly/3bcSryF>.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 6.

tienen dificultades para integrarse en el proceso educativo y recibir una educación de calidad, pues los docentes no están capacitados en educación inclusiva, ni en la atención específica que requieren niños/as y adolescentes que han pasado por un proceso de migración en contextos de emergencia.⁶⁸

Al 2018, la Encuesta Dirigida a la Población Venezolana que Reside en el País, del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) de Perú, identificó que 23 mil alumnos de nacionalidad venezolana están integrados en el sistema de educación pública.⁶⁹ Estos niños/as y adolescentes migrantes ya enfrentan prejuicios a causa de su discapacidad,⁷⁰ agravados por la ausencia de planes de convivencia escolar en 42% de las escuelas públicas y privadas.⁷¹ Muchos de ellos/as han sido víctimas de *bullying* en sus escuelas. Según el relato de un usuario de la Clínica Jurídica, los estudiantes del colegio de su hija la agredían haciéndole heridas con lápices durante las sesiones de clase.

A ello se suman los prejuicios y falta de capacitación del personal de los colegios frente a la migración y la discapacidad. De conformidad con el artículo 23 de la LGPD y la Resolución Ministerial 665-2018-MINEDU, Norma que regula la matrícula escolar y traslado en las instituciones educativas y programas de educación básica, los colegios públicos deben reservar dos vacantes por aula para estudiantes con discapacidad leve o moderada. En diversas ocasiones, el personal directivo de distintos colegios ha manifestado a padres de niños/as migrantes con discapacidad que no restan vacantes reservadas en la escuela, aun cuando esta información era falsa. Adicionalmente, los estudiantes que logran acceder a una vacante se enfrentan a las mismas barreras propias de la discapacidad —falta de accesibilidad en las escuelas, y la falta de apoyos para educación.⁷²

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Belapatiño, Vanessa *et al.*, “Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos”, *BBVA Research*, 10 de octubre de 2019, p. 17, disponible en: <https://bit.ly/2YBPRPV>.

⁷⁰ Vadillo Villa, José, *Niños venezolanos en Perú, su integración es una tarea pendiente*, *Andina*, 13 de septiembre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/35BNcr4>.

⁷¹ “Más del 40% de centros educativos en zonas urbanas no tienen planes para combatir el *bullying*”, *Defensoría del Pueblo*, 2 de mayo de 2019, disponible en: <https://bit.ly/35CESXT>.

⁷² Constantino Caycho, Renato, *Al final del salón: un diagnóstico de la situación de la educación de personas con discapacidad en el Perú*, Lima, Paz y Esperanza, 2016, pp. 60-64 y 69-71, disponible en: <https://bit.ly/2zgqadl>.

En relación con el derecho a la salud, estudios anteriores se ha encontrado que los migrantes y refugiados con discapacidad no pueden acceder a servicios de apoyo psicosocial, terapias y otros servicios especializados en contextos de emergencia.⁷³ Adicionalmente, cuando estos sí están disponibles, no suelen ser accesibles en términos físicos y económicos, y omiten proveer información accesible a los pacientes.⁷⁴ Si las personas con discapacidad logran acceder a servicios de salud, usualmente se enfrentan a personal que no está adecuadamente capacitado, y frecuentemente tiene prejuicios frente a la población migrante con discapacidad.⁷⁵

En Perú, la Encuesta Dirigida a la Población Venezolana que Reside en el País señala que de las personas migrantes y refugiadas venezolanas que tenían enfermedades crónicas en 2018, 78% no recibió tratamiento médico.⁷⁶ De acuerdo con el Ministerio de Salud, no existe ninguna política ni programa de atención en salud para refugiados y migrantes con discapacidad.⁷⁷ En razón de ello, se aplican los requisitos regulares para la atención en salud, aun cuando los migrantes con discapacidad se encuentran en una situación de mayor urgencia.

Esto implica, en primer lugar, que se requiere contar con documentación que acredite la calidad migratoria, aun cuando la recepción de estos documentos tiene un retraso significativo. Esto significa que una persona

⁷³ Reilly, Rachael, “Disabilities among Refugees and Conflict-Affected Populations”, *Forced Migration Review*, vol. 35, 2010, pp. 8-10, disponible en: <https://bit.ly/2We4Chi> 2010; Humanity and Inclusion e iMMAP, “Removing Barriers. The Path towards Inclusive Access. Disability Assessment among Syrian Refugees in Jordan and Lebanon”, 2018; Handicap International y HelpAge International, *Hidden Victims of the Syrian Crisis: Disabled, Injured and Older Refugees*, International Committee of the Red Cross-UNICEF, 2014, disponible en: <https://bit.ly/2WbbMMo>.

⁷⁴ Humanity and Inclusion e iMMAP, *op. cit.*; Handicap International y HelpAge International, *op. cit.*; Owiny, Eunice y Naguija, Yusra, “Caught between a Rock and a Hard Place: Challenges of Refugees with Disabilities and their Families in Uganda”, *Refugee Law Project*, 2014, disponible en: <https://bit.ly/35GSn97>.

⁷⁵ Reilly, Rachael, *op. cit.*; Humanity and Inclusion e iMMAP, *op. cit.*; Handicap International y HelpAge International, *op. cit.*; Tanabe, Mihoko *et al.*, “Intersecting Sexual and Reproductive Health and Disability in Humanitarian Settings: Risks, Needs, and Capacities of Refugees with Disabilities in Kenya, Nepal, and Uganda”, *Sexuality and Disability*, vol. 33, núm. 4, 2015, pp. 411-427, disponible en: <https://bit.ly/2yCv6ZY>.

⁷⁶ Belapatiño, Vanessa *et al.*, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁷ Esta información fue proporcionada en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública núm. 10-009689 remitida por las autoras al Ministerio de Salud.

con discapacidad podría tener que esperar mucho tiempo para acceder al sistema de salud, aun si tuviese necesidades urgentes.

En segundo lugar, dada la falta de capacidad de atención de los centros de salud pública, y los altos costos de los servicios de salud privados, los/as migrantes con discapacidad no pueden acceder a servicios de ayuda psicosocial, terapia y servicios especializados. Esto, sumado a la falta de documentos para acceder a prestaciones públicas en salud, limita las alternativas de atención en salud que tienen las personas bajo calidades migratorias especiales. En efecto, el propio Ministerio de Salud reconoce que no existen normas o programas de atención a migrantes bajo estas calidades migratorias, pero que existen algunos programas estatales que brindan atención universal y gratuita en salud. Los programas mencionados se limitan al control del VIH/SIDA, de la tuberculosis, la nutrición, y a la inmunización.⁷⁸ Estas prestaciones difícilmente resultan suficientes para atender el universo de necesidades que tiene el colectivo de personas con discapacidad. Es menester recalcar que, en respuesta a esta situación, diversas organizaciones no-gubernamentales han facilitado fondos para que los migrantes puedan atenderse en hospitales públicos o privados.

Adicionalmente, es particularmente preocupante la exigencia de requisitos burocráticos para la emisión del certificado de discapacidad. Éste es fundamental para acceder a una serie de beneficios diseñados para personas con discapacidad. Por ende, resulta preocupante que la Norma Técnica de Salud NTS 127-2016/MINSA/DGIESP exija la presentación del Documento Nacional de Identidad o Carné de Extranjería para otorgar un certificado de discapacidad. En atención a esta situación, el Ministerio de Salud informa que se han brindado certificados de discapacidad temporales y con custodia física en los establecimientos médicos a personas que cuentan con PTP.⁷⁹ Si bien esta medida es positiva, aun excluye a una cantidad significativa de personas con discapacidad, especialmente si se toma en cuenta que las autoridades ya no emiten el PTP.

Finalmente, aun cuando las personas con discapacidad logran recibir atención médica, enfrentan barreras en la atención. Por un lado, según testimonios de personas migrantes, cuando tienen una discapacidad que requiere un tratamiento médico muchas veces no pueden cubrir el gasto de

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

dicho tratamiento, pues no pueden acceder a oportunidades laborales estables. Por otro lado, los testimonios de funcionarios y de migrantes demuestran que el personal de establecimientos de salud, en muchas ocasiones, no está capacitado para tratar con personas con discapacidad ni personas extranjera. Por ello, se han identificado episodios de xenofobia y rechazo al brindar atención a médica a personas venezolanas, especialmente cuando estas se encuentran en situación de discapacidad.⁸⁰

5. Falta de información estadística

En virtud del artículo 31 de la CDPD, los Estados debe recopilar “información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención”. En términos generales, la CDPD establece que la información debe garantizar la protección de datos en esta recopilación y debe proporcionar información accesible a personas con discapacidad (artículos 31 y 35). Ahora bien, esta obligación no debe ser leída sólo en abstracto, sino también en relación con los flujos migratorios de los Estados.

En Perú, un problema trasversal a todas las categorías migratorias es la falta de un registro adecuado de la discapacidad en los sistemas migratorios. Además de satisfacer la obligación de recopilar información estadística establecida en la CDPD, el registro de información sobre migrantes y refugiados es fundamental para aquellas personas en situación de riesgo y aquellas con necesidades específicas, pues solo de esta manera se puede asegurar que reciban la asistencia necesaria y adecuada.⁸¹ Esto es particularmente importante en el caso de personas con discapacidad, pues contar con información inexacta genera brechas entre las necesidades reales y la asistencia provista por el Estado.

Actualmente, la mayoría de discapacidades son catalogadas como “no especificadas”, y los sistemas de registro del Estado impiden consignar la multidiscapacidad. Incluso, en algunos casos, los/as refugiados/as con discapacidades leves pueden no ser catalogados como refugiados/as con discapacidad. Esto

⁸⁰ Información proporcionada de manera confidencial por el informante 1.

⁸¹ ACNUR. *UNHCR Handbook for Registration. Procedures and Standards for Registration, Population Data Management and Documentation*, Ginebra, ACNUR, 2003, p. 7.

resulta problemático, pues sin datos exactos sobre los tipos de discapacidad que tienen las personas migrantes y refugiadas, difícilmente se pueden diseñar políticas y programas de atención que presten una asistencia efectiva. Por otro lado, las falencias en el registro llevan a una clara ausencia de estadísticas sobre migrantes y refugiados con discapacidad. Esto es evidente en los informes citados al inicio de este trabajo, en los que es notable la ausencia de información estatal.

Teniendo esto en cuenta, resulta necesario que las instituciones del Estado peruano cuenten con mecanismos de registro y recopilación de estadísticas adecuados, específicamente diseñados para personas con discapacidad.⁸² Además, resulta necesario que todo sistema de registro considere la multidiscapacidad y disgregue la información recopilada por edad y sexo.⁸³

V. CONCLUSIONES

En los últimos años, Perú ha experimentado un flujo migratorio masivo e inesperado. Esto, sin duda, presenta una serie de retos a dichas instituciones. Atender las necesidades de la población migrante significa, también, reconocer el impacto diferenciado que tiene la migración sobre ellas. Es fundamental que un enfoque de discapacidad sea transversal a todas las acciones del Estado. De lo contrario, no se otorga una protección adecuada a un colectivo que enfrenta una situación de vulnerabilidad agravada por la migración. Por ello, este documento ha buscado identificar situaciones en las cuáles resulta particularmente importante adoptar un enfoque de discapacidad.

Habiendo analizado el *statu quo* en el ordenamiento peruano, es claro que queda un largo camino por recorrer para incorporar un enfoque de discapacidad a las políticas y prácticas migratorias. En particular, es funda-

⁸² ACNUR, *El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento forzado*, Ginebra, ACNUR, 2011, pp. 10-13, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7646.pdf>; ACNUR, *Conclusión general...*, cit.; Women's Refugee Commission, *Disabilities among Refugees and Conflict Affected Populations*, Nueva York, Women's Refugee Commission, 2008, p. 5.

⁸³ Women's Refugee Commission, *op. cit.*, p. 5.

mental revisar las formas de acceder a diversas calidades migratorias desde la perspectiva del migrante con discapacidad. Además, es necesario que se revisen las prácticas de atención a personas con discapacidad psicosocial, de manera que estas se alineen a los estándares internacionales y nacionales en la materia, y resulten verdaderamente garantistas. También será importante atender a las necesidades de migrantes y refugiados con discapacidad en el acceso a todos los servicios públicos, no solo educación y salud. Finalmente, es trascendental contar con mayor información sobre la situación de personas migrantes y refugiadas con discapacidad en el país. Sin esta, difícilmente se podrán conocer con certeza los alcances del problema y proponer soluciones efectivas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR e INTER-PARLIAMENTARY UNION, *A Guide to International Refugee Protection and Building State Asylum Systems. Handbook for Parliamentarians* N° 27, Ginebra, Inter-Parliamentary Union-United Nations High Commissioner for Refugees, 2017.
- ACNUR, “Informe Semestral del Monitoreo de Protección en Perú”, Lima, 2019, disponible en: <https://bit.ly/2WeFsIq>.
- ACNUR, “Mechanisms for Screening and Referral, The 10 Point Plan in Action”, 2016, disponible en: <https://bit.ly/3dpk6xD>.
- ACNUR, “Monitero de Protección. Mayo-Junio 2019”, Lima, 2019, disponible en: <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/70520>.
- ACNUR, “Perú”, 2019, disponible en: <https://www.acnur.org/peru.html>.
- ACNUR, *El trabajo con personas con discapacidad durante el desplazamiento forzado*, Ginebra, ACNUR, 2011, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7646.pdf>.
- ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, ACNUR, 2019.
- ACNUR, *UNHCR Handbook for Registration. Procedures and Standards for Registration, Population Data Management and Documentation*, Ginebra, ACNUR, 2003.

- ADDANEY, Michal *et al.*, “Legal Capacity of and Access to Justice for Refugees with Disabilities in Africa”, *De Jure Law Journal*, vol 52, núm. 1, 2019, pp. 335-357, disponible en: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2225-71602019000100020.
- AYLWARD, Carol, “Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide”. *Journal of Critical Race Inquiry*, vol. 1, núm. 1, 2010, disponible en: <https://doi.org/10.24908/jcri.v1i1.3549>.
- BELAPATIÑO, Vanessa *et al.*, “Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos”, *BBVA Research*, 10 de octubre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/2YBPRPV>.
- BLOUIN, Cécile, “Entrevista sobre la migración venezolana y visa humanitaria”, *Enfoque Derecho*, 21 de junio 2019, disponible en: <https://bit.ly/3lwjE5w>.
- BREGAGLIO, Renata, “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad”, en BREGAGLIO, Renata y SALMÓN, Elizabeth (eds.), *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, IDEHPUCP, 2014.
- BROGNA, Patricia, “La representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes”, *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- “Cancillería: capacidad del Estado para atender el incremento de la migración venezolana ha sido sobrepasada”, *El Comercio*, 29 de octubre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/3fkM4fU>.
- CAMINO, Paula. *Riesgos invisibilizados: La necesidad de una directiva de atención a refugiados y refugiadas con discapacidad* (tesina para optar por el grado Bachiller en Derecho), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, disponible en: <https://bit.ly/2WCQIqH>.
- CONSTANTINO CAYCHO, Renato, *Al final del salón: un diagnóstico de la situación de la educación de personas con discapacidad en el Perú*, Lima, Paz y Esperanza, disponible en: 2016, <https://bit.ly/2zqqadl>.
- CONSTANTINO CAYCHO, Renato y GALICIA VIDAL, Saulo, “La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas”, *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014*, 2015, disponible en: <https://bit.ly/2Wbiodl>.
- CRENSHAW, Kimberlé, “Mapping the Margins: Interseccionalidad, Identidad Política and Violence Against Women of Color”, en CRENSHAW *et al.*

- (eds.), *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995.
- CROCK, Mary *et al.* “Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, núm. 4, 2013, disponible en: <https://bit.ly/2L60wuc>.
- GURBAI, Sandor y MARTIN, Wayne, *Is Involuntary Placement and Non-Consensual Treatment Ever Compliant with UN Human Rights Standards? A Survey of UN Reports (2006-2017)*, Essex, Essex Autonomy Project, 2018.
- HANDICAP INTERNATIONAL y HELPAGE INTERNATIONAL, *Hidden Victims of the Syrian Crisis: Disabled, Injured and Older Refugees*, International Committee of the Red Cross-UNICEF, 2014, disponible en: <https://bit.ly/2WbbMMo>.
- HUMANITY AND INCLUSION e IMMAP, “Removing Barriers. The Path towards Inclusive Access. Disability Assessment among Syrian Refugees in Jordan and Lebanon”, 2018.
- “Más del 40% de centros educativos en zonas urbanas no tienen planes para combatir el *bullying*”, *Defensoría del Pueblo*, 2 de mayo de 2019, disponible en: <https://bit.ly/35CESXT>.
- MINKOWITZ, Tina, “Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en MCSHERRY, B., y WELLER, P. (eds.), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Portland, Hart Publishing, 2010.
- OIM y ACNUR, “Monitoreo de flujo de población venezolana en el Perú”, DTM Ronda 5, Lima, 2019, disponible en: <https://bit.ly/3dx4Fnt>.
- OWINY, Eunice y NAGUIJA, Yusra, “Caught between a Rock and a Hard Place: Challenges of Refugees with Disabilities and their Families in Uganda”, *Refugee Law Project*, 2014, disponible en: <https://bit.ly/35GSn97>.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2014, disponible en: <https://bit.ly/2A16qKT>.
- REILLY, Rachael, “Disabilities among Refugees and Conflict-Affected Populations”, *Forced Migration Review*, vol. 35, 2010, disponible en: <https://bit.ly/2We4Chi>.

- SHIVJI, Aleema, “Disability in Displacement”, *Forced Migration Review*, 2010, disponible en: <https://bit.ly/2WdiJMT>.
- SMITH-KHAN, Laura, “Overcoming Barriers to Education for Refugees with Disabilities”, *Legal Studies Research*, paper No. 13/31, Sydney, The University of Sydney, 2013, disponible en: <https://bit.ly/3bcSryF>.
- TANABE, Mihoko *et al.*, “Intersecting Sexual and Reproductive Health and Disability in Humanitarian Settings: Risks, Needs, and Capacities of Refugees with Disabilities in Kenya, Nepal, and Uganda”, *Sexuality and Disability*, vol. 33, núm. 4, 2015, disponible en: <https://bit.ly/2yCv6ZY>.
- TRENEMAN, Alvaro, “¡Alarmante! En el Perú solo existen 1082 psiquiatras de los cuales solo cinco se especializan en adicciones”, *Perú 21*, 20 de noviembre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/3dCZwu7>.
- VADILLO VILA, José, *Niños venezolanos en Perú, su integración es una tarea pendiente*, *Andina*, 13 de septiembre de 2019, disponible en: <https://bit.ly/35BNcr4>.
- WAYNE, Martin y GURBAI, Sandor, “Surveying the Geneva Impasse: Coercive Care and Human Rights”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 64, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2019.03.001>.
- WOMEN’S REFUGEE COMMISSION, *Disabilities among Refugees and Conflict Affected Populations*, Nueva York, Women’s Refugee Commission, 2008.

Coyuntura internacional

El Acuerdo de Paz para Colombia. Un singular mecanismo de consolidación de la paz*

The Colombian Peace Agreement. An Unique Peacebuilding Mechanism

L'Accord de paix en Colombie. Un mécanisme unique pour la consolidation de la paix

Elena C. **Díaz Galán****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Acuerdo de Paz: principal instrumento de consolidación de la paz en Colombia*. III. *La Misión de Naciones Unidas en Colombia: un instrumento para la verificación del Acuerdo de Paz*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto titulado “La Res. 2178 de UN y su transposición a los derechos penales nacionales: propuestas de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales”, DER2016-77838-R, Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, España.

** Universidad Rey Juan Carlos, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0914-8944>, elena.galan@urjc.es.

Artículo recibido el 1o. de octubre de 2019

Aprobado para publicación el 9 de octubre de 2020

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 933-961
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

RESUMEN: El Acuerdo de Paz en Colombia tiene como principal objetivo acabar con el conflicto en el país y se presenta como un singular mecanismo de consolidación de la paz. Sobre este Acuerdo descansan todas las medidas que se han adoptado para asegurar la paz en Colombia. El papel de las organizaciones internacionales es bastante marginal y su labor queda vinculada a lo que se dispone en el Acuerdo de Paz. En todo caso, Naciones Unidas ha querido contribuir a la paz en el país, aunque casi todo el protagonismo en la consolidación de la paz corresponde al Estado colombiano. La tarea de la organización internacional no sólo es meramente complementaria, sino que además queda estrechamente ligada a las decisiones del Estado colombiano. El Acuerdo de Paz se concibe como un instrumento que regula los componentes que resultan necesarios para hacer efectiva la consolidación de la paz en Colombia. **Palabras clave:** consolidación de la paz, Acuerdo de Paz en Colombia, medidas políticas, Misión de Naciones Unidas de Verificación en Colombia.

ABSTRACT: The Colombian Peace Agreement has the main objective of putting an end to the conflict in the country through an unique peacebuilding mechanism. All the measures taken in order to ensure peace in Colombia are based on this Agreement. The role of international organizations is fairly marginal and their work is closely tied to the Colombian Peace Agreement's provisions. Nevertheless, the United Nations wanted to contribute to peace in the country, despite the Colombian State having played a leading role in the peacebuilding process. The international organization's task is merely complementary, but it is also tightly linked to the Colombian State's decisions. The Peace Agreement is conceived as an instrument that governs the necessary foundations for effective peacebuilding in Colombia.

Key words: peacebuilding, Colombian Peace Agreement, policy actions, United Nations Verification Mission in Colombia.

RÉSUMÉ: L'Accord de paix en Colombie a pour objectif principal la fin du conflit dans le pays à travers un mécanisme unique en son genre pour la consolidation de la paix. Toutes les mesures qui ont été prises pour garantir la paix en Colombie reposent sur cet Accord. Le rôle des organisations internationales est assez marginal et leurs efforts demeurent liés à ce qui est envisagé dans l'Accord de paix. Les Nations Unies ont néanmoins voulu contribuer à la paix dans le pays, en dépit du fait que le rôle principal dans la consolidation de la paix appartienne à l'État Colombien. Le rôle de l'organisation internationale est complémentaire, mais reste également étroitement lié aux décisions de l'État Colombien. L'Accord de paix est conçu comme un dispositif qui régit les éléments nécessaires pour rendre la consolidation de la paix en Colombie possible. **Mots-clés:** consolidation de la paix, Accord de paix en Colombie, mesures politiques, Mission de vérification des Nations Unies en Colombie.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el secretario general de Naciones Unidas, B. Boutros Ghali, empleó la noción “consolidación de la paz” en su Programa de Paz, en 1992, seguramente estaba pensando de manera más prioritaria en aquellos supuestos en los que las organizaciones internacionales y, sobre todo, Naciones Unidas llevaran a cabo actividades de este tipo; es decir, que las labores de consolidación de la paz, aunque fueran una responsabilidad esencial y primordial de los Estados, venían acompañadas de las tareas que desempeñan las organizaciones internacionales en este sentido.¹ Por ello, no es descabellado decir que “la consolidación de la paz (*peacebuilding*) es un producto de los cambios más relevantes operados en el sistema de la ONU en los últimos veinte años. Mediante ella, la ONU se adscribe la tarea de fortalecer o reforzar al Estado y así evitar o impedir su desintegración o debilitamiento”.² La frecuente y asidua utilización de la expresión “consolidación de la paz” en el marco de las actividades que le corresponden a Naciones Unidas e, incluso, la creación de una Comisión de Consolidación de la Paz hacen pensar, en ocasiones, que sin la participación de las organizaciones internacionales no podrían tener lugar procesos de consolidación de la paz o que, al menos, la presencia de estos entes es un ingrediente necesario e imprescindible para situar cualquier medida de consolidación de la paz en el marco del ordenamiento jurídico internacional.³

A veces se olvida que la “consolidación de la paz” es por sí misma un concepto autónomo y que hace referencia a medidas concretas que se deben

¹ Resulta de interés la lectura, para una visión general, de Hatto, Ronald, “Del mantenimiento de la paz a la consolidación de la paz: la evolución del papel de las Naciones Unidas en las operaciones de paz”, *International Review of the Red Cross*, núms. 891-892, septiembre-diciembre de 2013, pp. 1-23.

² Añaños Meza, María Cecilia, “La consolidación de la paz en el derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010, p. 3.

³ Sin embargo, se están produciendo cambios significativos en la aplicación de esta noción, puesto que, como se ha indicado, “un gran número de actores provenientes de los países emergentes ha adquirido la confianza necesaria para afirmar sus intereses en distintos foros y contextos, incluyendo el tema de la consolidación de la paz. Debido a este cambio, han surgido perspectivas diferentes sobre la definición misma de las iniciativas de consolidación de la paz en el ámbito nacional e internacional”. *Libro Blanco sobre la Consolidación de la Paz*, Ginebra, Geneva Peacebuilding Platform, 2015, p. 7.

adoptar en situaciones de posconflicto, con independencia de quiénes sean los actores que las realicen y los ámbitos que resulten afectados por dichas medidas, siempre que estén destinadas a asentar la paz e impedir la reproducción del conflicto. Así, se recuerda, con acierto, que “la «Agenda para la Paz» de 1992 define la «consolidación de la paz después de los conflictos» como «las medidas destinadas a identificar y fortalecer estructuras que tiendan a reforzar y consolidar la paz con el fin de evitar la reanudación de un conflicto»”,⁴ sin que podamos deducir necesariamente de esta definición la participación ineludible de algún tipo especial de actor de las relaciones internacionales. En otros términos, cabe preguntarse a quién le corresponde realizar las medidas y establecer las estructuras de consolidación de la paz y si realmente éstas quedan reservadas únicamente a algún actor internacional o, por el contrario, pueden ser compartidas por distintos actores de las relaciones internacionales. Más aún, se podría suscitar, incluso, la cuestión de si en ausencia total de organizaciones internacionales se podría hablar de medidas de consolidación de la paz.⁵

La situación en la que se encuentra Colombia una vez que se adoptó, en 2016, el Acuerdo de Paz, en La Habana, por el que se pone fin a un largo conflicto en este país, atestigua que la consolidación de la paz es posible a pesar de que no se produzca la participación directa e incisiva de ninguna organización internacional. En verdad, este Acuerdo tiene dos propósitos específicos:

Por un lado, se trata de poner fin a un conflicto que durante años asoló a la sociedad colombiana.⁶ No sólo el título del Acuerdo expresa con toda

⁴ *Ibidem*, p. 5. No obstante, se debe coincidir en que “existen numerosas definiciones posibles de la consolidación de la paz y las opiniones sobre lo que abarca son variadas” (disponible en: <https://www.un.org/es/peacebuilding/pbso/pbun.shtml>). Siempre es de interés la lectura de Özerdem, Alpaslan y Yong Lee, Sung, *International Peacebuilding: An Introduction*, Londres, Routledge, 2015, y Doyle, Michael W. y Sambanis, Nicholas, “International Peacebuilding: A Theoretical and Quantitative Analysis”, *The American Political Science Review*, vol. 94, núm. 4, 2000, pp. 779 y 780.

⁵ Naciones Unidas reconoce que pueden intervenir distintos actores en los procesos de consolidación de la paz. Disponible en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/francia-en-naciones-unidas/areas-de-accion-de-la-onu/la-paz-y-la-seguridad/article/las-naciones-unidas-y-la>.

⁶ Para una aproximación al conflicto colombiano y a sus aspectos jurídicos, véanse Vacas Fernández, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Díaz Barrado, Cástor M. *et al.*, *Derecho internacional humanitario y derechos humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

contundencia esta realidad de búsqueda para la terminación del conflicto, sino que, precisamente, lo primero que se indica en la parte dispositiva es que, “luego de un enfrentamiento de más de medio siglo de duración, el Gobierno Nacional y las FARC-EP hemos acordado poner fin de manera definitiva al conflicto armado interno”, siendo así que se especifican con bastante detalle las principales consecuencias de esta terminación y que se centran en “el fin del enorme sufrimiento que ha causado” y “la apertura de un nuevo capítulo de nuestra historia”, con el inicio de “una fase de transición” para que “los conflictos sociales se tramiten por las vías institucionales, con plenas garantías para quienes participen en política”.⁷ El Acuerdo supone, por lo tanto, un instrumento político-jurídico⁸ destinado a constatar la voluntad que lo inspira, es decir, acabar con una etapa de largo y doloroso enfrentamiento entre distintos sectores de la sociedad colombiana y, con ello, destinado a “desmovilizar” a uno de los grupos armados (con seguridad, el más importante) que vinieron operando en territorio colombiano: las FARC.⁹

Por otro lado, aunque con otras palabras, el propio título del Acuerdo conduce irremediamente al campo de la consolidación de la paz, al referirse a “la construcción de una paz estable y duradera”, lo que queda también expresado en los primeros párrafos que integran la parte dispositiva del Acuerdo, al reiterar que “se trata de construir una paz estable y duradera, con la participación de todos los colombianos y colombianas” y, además, “...poner fin de una vez y para siempre a los ciclos históricos de violencia y sentar las bases de la paz...”.¹⁰ Por lo tanto, lo que se contempla es una situación no sólo de terminación del conflicto, sino que el Acuerdo de Paz también tiene puesta la mirada en el periodo del posconflicto, que es cuan-

⁷ “Nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/?Nuevo-acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una>.

⁸ Sobre la naturaleza y el carácter jurídico de este Acuerdo, véanse Fernández Liesa, Carlos Ramón, “Naturaleza y consideraciones sobre el Acuerdo de Paz entre las FARC y el gobierno colombiano”, *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, España, Tirant lo Blanch, 2018, vol. 1, pp. 897-913; Rojas Orozco, César, “Estatus jurídico internacional del Acuerdo de Paz colombiano”, *Estudios de Derecho*, vol. 75, núm. 165, 2018, pp. 131-149.

⁹ Sobre el futuro del Acuerdo, en particular véase Murillo Castaño, Gabriel, “Colombia: un proceso de paz irreversible pero de alcance incierto”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 2, 2019, pp. 1-7.

¹⁰ “Nuevo acuerdo...”, *cit.*

do verdaderamente comienza el proceso de consolidación de la paz.¹¹ La situación en Colombia, desde luego a partir de la firma del Acuerdo de Paz, cambia radicalmente en el terreno político, pero también en el plano jurídico, puesto que se pasa de un Estado en el que habitaba un largo conflicto a una situación de “transición”, en la que las partes y el conjunto de la sociedad colombiana tienen que sentar las bases de una paz estable y duradera. Por esto, el Acuerdo debe ser completado con la adopción de numerosas normas de carácter interno que lo implementen¹² e, incluso, los principios que recoge deben encontrar perfecto acomodo en el sistema constitucional colombiano.¹³

En esta dirección, siempre se puede insistir en que las medidas de consolidación de la paz producen plenos efectos en aquellos supuestos en los que se da por terminado el conflicto. En otras palabras, la consolidación de la paz en sentido estricto comienza cuando se estima que el conflicto ha finalizado, aunque siempre se pueda afinar un poco más y decir que “el lapso entre el fin de un conflicto y la consolidación de un entorno de seguridad y desarrollo es comúnmente denominado transición, un periodo durante el cual se construyen las condiciones necesarias para la consolidación de la estabilidad de una sociedad, un país y hasta una región”.¹⁴ Esto es lo que sucede precisamente en la situación colombiana.¹⁵

¹¹ Por todos, véase González Martín, Andrés, “Relación entre conflicto y posconflicto: Colombia y los acuerdos de paz”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 6, abril-junio de 2017, pp. 104-134.

¹² La implementación del Acuerdo de Paz desborda el contenido de este trabajo, pero se está haciendo un seguimiento. En especial, véanse Estrada Álvarez, Jairo (coord.), *El Acuerdo de Paz en Colombia: entre la perfidia y la potencia transformadora*, Bogotá, Clacso, 2019; Rodríguez Pinzón, Erika M., “Colombia: el desafío de implementar una paz imperfecta” (documento de trabajo 4/2019), Fundación Carolina, pp. 1-31; los informes del Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep), disponibles en: <https://www.cinep.org.co/Home2/>; *Primer Informe al Congreso sobre el estado de avance de la implementación del Acuerdo de Paz 2016-2019*, Procuraduría General de la Nación, agosto de 2019.

¹³ Véanse las reflexiones de Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo José, “El papel de la jurisdicción constitucional colombiana en el proceso hacia la paz y el postconflicto”, *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, núm. 13, 2017, pp. 125-132.

¹⁴ Restrepo Florez, César Andrés, “Consolidación de la paz y la seguridad en Colombia: alcances de una reforma al sistema de seguridad”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 2, núm. 2, 2016, p. 132.

¹⁵ No obstante, como se indica, en el caso colombiano, una democracia estable ha estado sometida a la violencia. *Cfr.* Ben Ami, Shlomo, “Dilemas de la transición de la guerra a la paz”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017, p. 21.

Por todo, se debe partir de la afirmación de que el Acuerdo de La Habana cumple distintas funciones en relación con el conflicto en Colombia y que, en sí mismo, no se podría calificar en toda su amplitud como un acuerdo típico de consolidación de la paz. Sin embargo, la lectura del contenido de este Acuerdo y las medidas que recoge sí que permiten calificarlo como tal, puesto que, en esencia, prácticamente todas las disposiciones están destinadas a sentar las bases y, asimismo, ofrecer soluciones a las principales consecuencias que ha generado el conflicto en Colombia y, por ende, a establecer un marco político-jurídico duradero y estable para la paz.¹⁶ Por ello, el examen de este Acuerdo se puede realizar en términos de consolidación de la paz, que además es una expresión que se utiliza con alguna frecuencia en el propio Acuerdo.¹⁷ La perspectiva de consolidación de la paz no está ausente, por lo tanto, en las disposiciones del Acuerdo, y la adopción de este instrumento también responde al logro de este propósito.¹⁸

Ahora bien, en relación con las tradicionales misiones de paz que emprenden organizaciones internacionales y, en particular, Naciones Unidas, el Acuerdo de Paz y, en consecuencia, el camino de la consolidación de la paz en Colombia presentan dos singularidades: primera, la consolidación de la paz no se lleva a cabo, en este caso, a través de alguna organización internacional, sino que, en verdad, la realiza prácticamente en forma exclusiva el gobierno colombiano en colaboración con las FARC y con el deseo de la participación del conjunto de la sociedad colombiana. Por ello, no existe “Misión específica de consolidación de la paz”, sino tan sólo una “Misión de Verificación”, y tampoco se produce una intervención directa y decisiva de la organización universal o de alguna organización regional en este sentido, lo que no quiere decir que no exista una importante labor por parte de Naciones Unidas a través de la Misión de Verificación.¹⁹ Segunda, en este caso, no cabe hablar

¹⁶ En este caso, como se dice, “se requiere de un empeño de muchas cosas, específicamente, de las tres R: resolver, reconstruir y reconciliar”. Grasa, Rafael, “La terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia: acotaciones para la lectura del Acuerdo Final”, *Analecta Política*, vol. 7, núm. 12, 2017, pp. 9 y 10.

¹⁷ Se trata de una obligación que asume no sólo el Estado colombiano, sino también el grupo armado, por lo que se señala que “las FARC-EP asumen el compromiso de contribuir de manera efectiva a la construcción y consolidación de la paz...”. “Nuevo acuerdo...”, *cit.*

¹⁸ Esto se encuentra en la base de todas las iniciativas destinadas a poner fin al conflicto. Véase González Celis, Paulo Alberto, “Desactivar la guerra: alternativas audaces para consolidar la paz”, *Ciencia Política*, vol. 1, núm. 2, 2006, pp. 230-243.

¹⁹ Toda su actividad se puede consultar en: <https://colombia.unmissions.org/>.

de colaboración militar externa, puesto que corresponde a las fuerzas armadas colombianas, la policía y el sistema judicial prever los mecanismos de pacificación y, asimismo, el Acuerdo de Paz es quien dispone específicamente instituciones para su implementación.²⁰ Esto quiere decir que la consolidación de la paz en Colombia no dispondría exactamente de los tres pilares que sustentan las acciones de consolidación de la paz y que, como se recuerda, serían “(1) un pilar diplomático y político; (2) un pilar militar (Cascos Azules); y (3) un pilar humanitario”,²¹ siendo así que, incluso, cuando se dan algunos de estos pilares, éstos tienen un significado distinto e implican, sobre todo, la participación de otros actores.

Aún más, siempre se podrá decir que la expresión “consolidación de la paz” no debe aplicarse a aquellas situaciones en las que no interviene, en particular, Naciones Unidas.²² Lo que viene sucediendo en Colombia desde la celebración del Acuerdo de Paz no es estrictamente una construcción ni reconstrucción del Estado, sino el inicio de una etapa de transición, en la que las medidas que se adoptan bien pueden entenderse que están orientadas a reforzar el contexto del Estado, o bien hacia la consolidación de la paz. Por ello, se debe acoger un concepto más amplio de consolidación de la paz que no esté exclusivamente apegado a la labor que realiza Naciones Unidas, con el fin de no descartar aquellas situaciones en las que quienes ejecutan las medidas de consolidación de la paz puedan ser organizaciones internacionales de alcance regional e, incluso, los propios Estados, como es el caso que nos ocupa.²³

Éste es el sentido que debe darse a la consolidación de la paz en este trabajo. El Acuerdo no pretende en exclusiva fortalecer el Estado colombiano ni tan siquiera entiende que sea ésta su finalidad, aunque ello resulte ser una consecuencia de las medidas que se contemplan. Por el contrario, el

²⁰ Una visión general se puede comprobar en Melo, Jorge Orlando, “Resumen del Acuerdo de Paz”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 18, núm. 35, segundo semestre de 2016, pp. 319-337.

²¹ Hatto, Ronald, *op. cit.*, p. 18.

²² Añaños Meza, María Cecilia, *op. cit.* Para esta autora, “tanto consolidación de la paz como «construcción del Estado» se emplean indistintamente para referirse al mismo problema, a las mismas acciones y a los mismos objetivos a corto y mediano plazo” (p. 7, nota 17).

²³ En el caso colombiano no se crea una misión de consolidación de la paz a la que se le atribuyan determinadas funciones que, por supuesto, sería compatible con la existencia de un acuerdo de paz, como ha sucedido en muchas otras ocasiones, por ejemplo, en el caso de El Salvador. Véase Costa, Gino, “El papel de Naciones Unidas en la construcción de la paz: el caso salvadoreño”, *Revista Agenda Internacional*, vol. 2, núm. 5, 1995, pp. 29-50.

propósito esencial del Acuerdo es sencillamente terminar con el conflicto y resolverlo, mediante la consolidación de la paz, y evitar así que la confrontación vuelva a producirse, además de acabar con las profundas discrepancias que existen entre algunos sectores de la sociedad colombiana.²⁴ No obstante, la labor de Naciones Unidas no está completamente ausente de la paz en Colombia, sino todo lo contrario. Antes, pero sobre todo después de la adopción del Acuerdo de Paz, se aceptó la creación de una “Misión de Verificación de Naciones de Naciones Unidas” en Colombia.²⁵ Por ello, sin contradecir lo anterior, esta organización también participa en la consolidación de la paz que tiene lugar en Colombia, aunque no se pueda afirmar que lo haga de una forma contundente o, por lo menos, debe quedar claro que la labor de Naciones Unidas no representa el mecanismo fundamental de consolidación de la paz, sino que, en realidad, supone una contribución a través de tareas de verificación de lo que se determinó en el Acuerdo de Paz.²⁶ En esta perspectiva, por lo que se refiere a la consolidación de la paz, importan dos herramientas específicas: por un lado, el Acuerdo de Paz, que constituye el instrumento principal y más sólido que determina las medidas concretas que hay que adoptar para lograr la consolidación de la paz en el país, y, por otro lado, la Misión de Verificación de Naciones Unidas, que acompaña y complementa lo que se decide en el Acuerdo de Paz.

El extenso Acuerdo de La Habana proporciona muchos componentes que deben situarse necesariamente en el contexto de la consolidación de la paz, en la medida en que suponen la realización de comportamientos que aseguran la paz y, además, determinan una atmósfera de pacificación.²⁷ Esto es, precisamente, lo que recoge en esencia el Acuerdo de Paz y lo que se detalla

²⁴ Respecto a las causas del conflicto colombiano, no cabe olvidar que “los factores políticos e institucionales desempeñan también un papel fundamental...”. Véase Yaffe, Lilian, “Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta”, *Revista CS*, núm. 8, 2011, p. 202.

²⁵ En particular, véanse Rubiella Romañach, Alejandro, “La Misión de las Naciones Unidas en Colombia MNUC” (documento de opinión 18/2018), Instituto Español de Estudios Estratégicos, 22 de febrero de 2018, y Sarro, Federico Ernesto, “Misión de las Naciones Unidas en Colombia: algunas consideraciones en el camino hacia la paz definitiva”, *ESGN*, núm. 62, 2016, pp. 169-176. Sobre la participación española, véase Rubiella Romañach, Alejandro, “Participación española en la Misión de Naciones Unidas en Colombia (MNUC)”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 9, 2018, pp. 591-610.

²⁶ Para un análisis más detallado, véase Garay Acevedo, Claudia Patricia, *Importancia de las misiones de paz y su aplicabilidad en Colombia*, Madrid, Universidad Alfonso X el Sabio, 2017.

²⁷ Restrepo Florez, César Andrés, *op. cit.*, p. 135.

en su articulado; es decir, la creación de un entorno de paz a través de la adopción de medidas que también tienden a fortalecer el Estado y, sobre todo, a abordar aquellas materias que, al tiempo que originaron el conflicto y lo hicieron perdurable durante mucho tiempo, están en la base de su resolución definitiva. En concreto, merece la pena resaltar algunos ámbitos, como son las cuestiones de carácter político, puesto que se trata de un sector trascendental que coadyuva a la consolidación de la paz en Colombia, y también las cuestiones de carácter humanitario, que tienen, asimismo, una especial trascendencia y que han dado lugar a diversos trabajos doctrinales.²⁸

El objetivo esencial del presente trabajo se refiere al examen de determinadas cuestiones que suscita el Acuerdo de Paz en Colombia en el marco de la consolidación de la paz para determinar el valor de la actuación de la Misión de Naciones Unidas en Colombia.

II. EL ACUERDO DE PAZ: PRINCIPAL INSTRUMENTO DE CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ EN COLOMBIA

La solución del conflicto en Colombia es el resultado de un largo proceso en el que la negociación política entre las partes ha jugado un papel esencial.²⁹ No obstante, el impulso final de este proceso que conduce a la pacificación “definitiva” del país hay que situarlo, sin duda, en las negociaciones que condujeron a la adopción, en La Habana, en agosto de 2016, del “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, que, como se sabe, sufrirá algunos avatares, pero que, en esencia, con algunas modificaciones, será el que determine el contenido del proceso de consolidación de la paz en el país. Tan sólo cabe recordar ahora que, en octubre de ese año, el plebiscito al que se convocó a la sociedad colombiana dio como resultado el rechazo del Acuerdo,³⁰ que, sin embargo, a través

²⁸ En particular, cabría destacar en relación con las cuestiones de justicia internacional lo establecido por Quesada Alcalá, Carmen, “La justicia penal internacional y Colombia”, en Díaz Barrado, C. M. et al. (dirs.), *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 691-710.

²⁹ Para una primera aproximación, véase Morán Blanco, Sagrario, “Historia del conflicto colombiano: actores, guerra y procesos de paz”, *Tiempo de Paz*, núm. 110, 2013, pp. 5-14.

³⁰ Al respecto, señalamos algunos títulos interesantes: Cardona Zuleta, Luz Margarita y Londoño Álvarez, César Augusto, “La retórica del miedo como estrategia política. El plebis-

de procedimientos internos del Estado colombiano y, además, con algunos cambios introducidos, se aprobó definitivamente en noviembre.³¹ En cualquier caso, más allá de las cuestiones relativas a su naturaleza, su validez y su inserción en el orden constitucional colombiano del Acuerdo de Paz, “en esencia, se puede decir que dicho conflicto ha terminado”,³² por lo que el Acuerdo de Paz pone punto final a las hostilidades y, al mismo tiempo, abre el camino de la consolidación de la paz.³³

El Acuerdo de Paz constituye la base de las medidas que se adoptan para la consolidación de la paz y recoge todas las actuaciones que se deben llevar a cabo en este sentido. La mera lectura de este Acuerdo hace pensar que se abordan todas las cuestiones que realmente están en la base del conflicto y en cada uno de los puntos se establecen medidas concretas de consolidación de la paz. Más allá de los asuntos relativos a la participación política, en ningún caso cabe decir, sin embargo, que el resto de los ámbitos que se recogen en el Acuerdo no sean también medidas eficaces de consolidación de la paz, sino todo lo contrario. En particular, como debemos recordar, el Acuerdo de La Habana se centra en los siguientes capítulos:

1. Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral.³⁴
2. Participación política: apertura democrática para construir la paz.
3. Fin del conflicto.

cito por la paz en Colombia”, *Revista Forum*, núm. 14, 2018, pp. 43-68; Vergel Torrado, Julián José, “Plebiscito por la paz en Colombia: una disputa política más allá del contenido de los acuerdos”, *Marco: Revista de Márketing y Comunicación Política*, núm. 3, 2017, pp. 57-76; Basset, Yann, “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”, *Estudios Políticos*, núm. 52, 2018, pp. 241-265.

³¹ No sería descabellado sostener que “El NO no fue un voto en contra de la paz, fue un voto en contra de la impunidad y en contra al reconocimiento de las FARC como grupo político. Fue un voto urbano alejado, en su mayoría, de los problemas rurales”. Véase Aya Smitmans, María Teresa, “El proceso de paz en Colombia: dos pasos adelante, un paso atrás”, *Estudios Internacionales*, núm. 187, 2017, p. 177.

³² Díaz Barrado, Cástor M. y Morán Blanco, María Sagrario, “América Latina: un entorno de incógnitas e incertidumbres”, *Panorama Estratégico*, 2017, p. 229.

³³ Se repite hasta la saciedad que con ello se pone fin al conflicto y se abre el camino de la paz. Es interesante, en esta línea, Ríos Sierra, Jerónimo, “El Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 19, núm. 38, 2017, pp. 593-618.

³⁴ Matías Camargo, Sergio Roberto, “La Reforma Rural Integral, la terminación del conflicto armado y el problema agrario en Colombia”, *Diálogos de Saberes*, núm. 46, 2017, pp. 19-39.

4. Solución al problema de las drogas ilícitas.³⁵
5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.³⁶
6. Implementación, verificación y refrendación.³⁷

Pues bien, los puntos 2 y 5 son los que presentan un mayor interés en este caso, en la medida en que guardan una relación más estrecha con las medidas que vienen configurando la consolidación de la paz y que implican, en el fondo, una dimensión política de la paz y una dimensión humanitaria.³⁸ Esto, como dijera el secretario general de Naciones Unidas, sin que se pierda de vista que “debemos mejorar nuestra colaboración en todo el contínuum de la paz, prestando atención a todas las dimensiones del conflicto”.³⁹ Es decir, los aspectos políticos tienen una gran trascendencia, puesto que aseguran la paz, esto es, interesa “impulsar reformas políticas, como condición previa para las ulteriores iniciativas de recuperación o consolidación de la paz”. Asimismo, los aspectos humanitarios constituyen una base imprescindible para esta consolidación, ya que se precisan “capacidades transversales tales como análisis de conflictos y riesgos, derechos humanos, problemas de género y experiencia humanitaria”.⁴⁰ Pero no se desconoce

³⁵ En concreto, véase Baracaldo Méndez, María Stella, “Las drogas ilícitas en el conflicto armado de Colombia y el tema en la firma del Acuerdo de Paz: pasado, presente y futuro”, *Policia y Seguridad Pública*, vol. 1, núm. 5, 2015, pp. 301-352.

³⁶ Esta cuestión ha sido la que ha dado lugar a abundantes análisis doctrinales. Al respecto, sólo indicamos algunos títulos en términos jurídicos: Vacas Fernández, Félix, “Los derechos de las víctimas y la negociación”, en Díaz Barrado, C. M. *et al.* (dirs.), *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 541-576; Martínez Sanabria, Claudia Margarita, *La reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia en el marco de la justicia transicional* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 2017.

³⁷ Para una aproximación más general a todos los temas, véanse Grasa, Rafael, *op. cit.*; Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo José *et al.* (eds.), *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; González Martín, Andrés, *op. cit.*; Rodríguez Cuadros, José Darío, “Los desafíos de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia”, *Razón y Fe. Revista Hispanoamericana de Cultura*, t. 275, núms. 1423-1424, 2017, pp. 439-450.

³⁸ En concreto, véase Rey Marcos, Francisco y Duval, Sophie, “La dimensión humanitaria de los acuerdos de paz: propuestas para la comunidad internacional en Colombia”, en Churruca Muguruza, Cristina (coord.), *Colombia, ¿cómo construir la paz?: redes sociales y espacios de protección de las personas desplazadas*, Madrid, Catarata, 2015, pp. 253-276.

³⁹ Disponible en: <https://www.un.org/peacebuilding/es>.

⁴⁰ *Evaluaciones conjuntas de la recuperación y la consolidación de la paz. Nota práctica sobre evaluación y planificación*, Naciones Unidas-Unión Europea-Banco Mundial, 2017, pp. 14 y 25.

que todas las materias que aborda el Acuerdo de Paz están destinadas a consolidar la paz.

Una mención particular merecen, sin embargo, dos cuestiones vinculadas a estos aspectos humanitarios y que guardan relación con el mecanismo de consolidación para la paz, que significa el Acuerdo de Paz. Estas cuestiones han sido abordadas intensamente por la doctrina científica, pero merece realizarse algunas consideraciones al respecto, porque confirman el carácter singular del Acuerdo de Paz en el seno de los procesos de consolidación de la paz. En ambos casos se advierte que el Acuerdo de Paz da una solución equilibrada para asegurar la puesta en marcha de medidas guiadas por el Estado colombiano y su ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la aplicación de las normas esenciales del ordenamiento jurídico internacional.

Primero, el Acuerdo de Paz debe ser concebido e interpretado siempre en el contexto de la justicia transicional. Esto ya lo indicaba James Stewart, fiscal adjunto de la Corte Penal Internacional, es decir, que “el proceso de justicia transicional es parte integral de la implementación del acuerdo de paz en Colombia”.⁴¹ Por ello, si se le quiere dar un valor real al Acuerdo de Paz y examinar su coherencia y complementariedad con normas internacionales, habrá que combinar sabiamente las dos principales funciones que cumple: asegurar y consolidar la paz y exigir responsabilidades, reparando a las víctimas del conflicto. Para lograrlo, el componente esencial de la justicia transicional, en el Acuerdo de Paz, será la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Más allá de la cuestión relativa a su legitimidad tanto en el orden interno colombiano como en el orden internacional,⁴² lo importante es, como se ha dicho, que con la JEP se “ha establecido un sistema innovador, complejo y ambicioso” que asegura la rendición de cuentas, lo que viene a significar que las medidas que se adopten deben estar de acuerdo con los objetivos que ha fijado el Estatuto de Roma.⁴³

A mi juicio, el diseño del Acuerdo de Paz con relación a la JEP resulta adecuado, aunque siempre quepa deducir detalles, en supuestos concretos, que

⁴¹ Stewart, James, “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín*, Bogotá-Medellín (Colombia), 30 y 31 de mayo de 2018, p. 1.

⁴² Valencia, Paula Andrea y Francés-Gómez, Pedro, “Legitimidad de la Jurisdicción Especial para la Paz”, *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 11, núm. 1, 2018, pp. 105-133.

⁴³ Stewart, James, *op. cit.*, p. 3.

permitan dudar de su plena complementariedad con lo establecido por la jurisdicción penal universal. En cualquier caso, como se indica por la propia JEP, ésta “fue creada para satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles verdad y contribuir a su reparación, con el propósito de construir una paz estable y duradera”.⁴⁴ El logro de la paz se constituye así en una misión central del Acuerdo de Paz y de las funciones de la JEP, pero sin olvidar, en modo alguno, la tarea que se debe realizar en relación con la reparación a las víctimas. No obstante, sería equivocado examinar el contenido del Acuerdo de Paz con los únicos criterios que establece la Corte Penal Internacional, lo que no significa que se desconozcan los principios esenciales de esta jurisdicción penal, pero que deben ser aplicados en un contexto particular si se quiere lograr la paz.

Se ha insistido sobremanera en la necesidad de que la JEP cumpla con las obligaciones que dimanen del Estatuto de Roma⁴⁵ y que la aplicación particular de esta jurisdicción se adecue a las normas internacionales en la materia. Ahora bien, la creación de la JEP, las funciones que se le asignan y la práctica que ha desarrollado revelan que se trata de un componente de la justicia transicional que está incardinado en un mecanismo singular de consolidación de la paz, como es el Acuerdo de Paz. Otra cosa distinta serán las consecuencias que deban tener una aplicación incorrecta en casos particulares de los principios que inspiran la JEP y los campos materiales en los que tenga que afinar para asegurar una aplicación que responda a los criterios del Acuerdo de Paz. Lo que queda claro es que “los procesos transicionales, y más aún la situación de conflicto armado vivo, plantean la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en juego”.⁴⁶ A la postre, no deja de ser, como se ha indicado, “una fórmula de justicia novedosa para facilitar el proceso de reconciliación política, mientras se garantiza la asunción de responsabilidades con apego a los estándares internacionales”.⁴⁷

⁴⁴ Jurisdicción Especial para la Paz, disponible en: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>.

⁴⁵ Para un análisis de interés de este mecanismo, véase Medina Aguilar, Claudia, “La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017, pp. 221-223.

⁴⁶ Maculan, Elena, “El Acuerdo de Paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017, p. 123.

⁴⁷ Martínez Volkmar, Juan José, “Jurisdicción Especial para la Paz y su relevancia en la coyuntura política colombiana”, *Revista Ratio Juris*, vol. 12, núm. 25, 2017, pp. 131-150.

Segundo, ha sido objeto de acaloradas discusiones la naturaleza jurídica del Acuerdo de Paz,⁴⁸ lo que prueba todavía más su carácter singular como mecanismo de consolidación de la paz. Más allá de su eventual consideración como acuerdo de carácter internacional, el debate se ha centrado, en la perspectiva que nos interesa, en la posibilidad de calificarlo como un acuerdo especial del derecho internacional humanitario. Los avances y retrocesos en el Acuerdo de Paz sobre esta calificación han sido bien descritos,⁴⁹ pero interesa dilucidar si la aplicación de este Acuerdo debe hacerse siempre de conformidad con las normas bien establecidas del derecho internacional humanitario. Ésta es la clave principal de la relación entre el Acuerdo de Paz y este sector del ordenamiento jurídico internacional, y no tanto la particular calificación que reciba el Acuerdo. En palabras de Valencia Villa, hay que admitir que el “conflicto debe desarrollarse bajo ciertos cánones que buscan introducir principios éticos mínimos de respeto hacia la persona humana”.⁵⁰

Éste es el enfoque que debe darse a este mecanismo de consolidación de la paz. A pesar de su doble naturaleza (interna e internacional) y de los efectos que produce en cada ámbito, cabe concluir que las normas del derecho internacional humanitario siempre deben ser tenidas en cuenta en la aplicación del Acuerdo de Paz, con independencia de que se realice habitualmente a través del ordenamiento jurídico colombiano. Las expresiones del Acto Legislativo de 2017, que sustituye al Acto Legislativo 1 de 2016, son claras, desde luego, al decir que los contenidos del Acuerdo Final

...que se correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales... serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente

⁴⁸ Un buen análisis se puede encontrar en Betancur Restrepo, Laura, “The Legal Status of the Colombian Peace Agreement”, *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, pp. 188-192.

⁴⁹ Por todos, véase Amaya Villarreal, Álvaro Francisco y Guzmán Duarte, Valeria, “La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 30, 2017, pp. 41-60, en particular pp. 51 y ss. Se ha dicho que “el primer y más sobresaliente mecanismo utilizado por las partes para darle estatus legal internacional al Acuerdo de Paz en Colombia fue suscribirlo como acuerdo especial en los términos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949”. Rojas Orozco, César, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁰ Valencia Villa, Alejandro, “Derecho internacional y conflicto interno: Colombia y el derecho de los conflictos armados”, *Colombia Internacional*, núm. 6, 1989, pp. 3-9.

de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales.⁵¹

En conclusión, no se puede desligar el Acuerdo de Paz, en su interpretación y aplicación, de las normas internacionales referidas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.⁵²

En todo caso, el Acuerdo de Paz es el instrumento que focaliza las medidas destinadas a la consolidación de la paz y resulta, por ende, imprescindible para que ésta se haga efectiva. El gobierno colombiano asume así uno de los deberes que siempre se han asignado en las misiones y operaciones de consolidación de la paz a los Estados, es decir, la responsabilidad primordial para instaurar la paz y consolidarla. Esto queda, incluso, reflejado en la Resolución por la que se crea la Misión de Naciones Unidas para Colombia, cuando se reconoce, antes de todo, “la responsabilidad de Colombia en la implementación del Acuerdo Final”,⁵³ que constituye, en verdad, el marco político-jurídico en el que deben ejercerse las tareas orientadas a consolidar la paz en Colombia. Por ello, el Acuerdo no desconoce uno de los principios esenciales que preside todos los procesos de consolidación de la paz y que no es otro que la obligación del Estado en cuestión de implementar las medidas que conduzcan a este fin.⁵⁴

Además, el Acuerdo refuerza la soberanía colombiana sin que se ponga en duda la capacidad del gobierno para instaurar definitivamente la paz en el país. En esto se fundamenta la consolidación de la paz y también una cultura de paz.⁵⁵ En breve, el Acuerdo de Paz no se aparta, en modo alguno, de los principios que tradicionalmente sustentan los procesos de consolidación de la paz, sino que, por el contrario, los reafirma y, además, especifica con detalle el comportamiento que corresponde a cada una de las partes.

⁵¹ Rojas Orozco, César, *op. cit.*, p. 138.

⁵² Trejos Rosero, Luis Fernando, “El derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano. Propuestas para su aplicación”, *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011, pp. 131-143; Pavlovich Jiménez, Gretty, “El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario”, *Justicia Juris*, vol. 9, núm. 1, 2013, pp. 48-55.

⁵³ S/RES/2366 (2017), 10 de julio de 2017.

⁵⁴ Esto se hace especialmente evidente cuando se trata de proteger a la población civil. Por ejemplo, entre muchas otras, la Resolución 2417 del Consejo de Seguridad indica que “los Estados tienen la responsabilidad primordial de proteger a la población en toda la extensión de sus respectivos territorios”. S/RES/2417 (2018), 4 de mayo de 2018.

⁵⁵ Almanza Iglesias, Maury *et al.*, “La cátedra de la Paz, la apuesta pionera en la consolidación del postconflicto”, *Revista Amauta*, núm. 29, 2017, p. 189.

Es habitual que, para llegar a la terminación de las hostilidades y establecer las condiciones de la paz, las partes en el conflicto alcancen acuerdos y, en esto, poco se diferencia el Acuerdo de Paz en Colombia con lo que ha sucedido en otros Estados que se han encontrado en situaciones de este tipo. Sin embargo, lo que revela el Acuerdo de Paz alcanzado en el caso colombiano es que se ha pretendido mantener siempre el protagonismo de las partes y tan sólo, en un segundo plano, se ha situado la labor de organizaciones internacionales. Por esto, se trata de un caso singular o, al menos, que goza de particularidades entre los procesos de consolidación de la paz. Así queda reflejado en el propio Acuerdo que las menciones a la colaboración internacional usualmente tienen un carácter más marginal en relación con las funciones y tareas que se asignan a las instituciones del Estado colombiano. En esta línea, por mucho que se quiera, no se encuentran en el Acuerdo de Paz expresiones que atribuyan a Naciones Unidas una labor esencial en el proceso de consolidación de la paz, más allá de la asignación de determinadas funciones en relación con la entrega del armamento o el apoyo moral y simbólico que debe prestar esta organización al Acuerdo.⁵⁶

Por todo, se llega a la conclusión de que Colombia se dotó de un mecanismo de consolidación de la paz en el que el Estado y el grupo armado las FARC disponen del mayor protagonismo y que tan sólo, con un sentido marginal, se admite la colaboración de Naciones Unidas. Este papel secundario de Naciones Unidas y, si se quiere, de la comunidad internacional en la implementación precisa de los dictados que se contienen en el Acuerdo de Paz se determinó, incluso, antes de su adopción.⁵⁷ En definitiva, corresponde al Estado colombiano implementar las medidas que suponen la consolidación de la paz.

III. LA MISIÓN DE NACIONES UNIDAS EN COLOMBIA: UN INSTRUMENTO PARA LA VERIFICACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ

Decir que el Acuerdo de Paz es el instrumento esencial de consolidación de la paz en Colombia no impide reconocer, sin embargo, que la labor que

⁵⁶ Cepeda Jiménez, José Alejandro, “El posacuerdo en Colombia y los nuevos retos de la seguridad”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 181, 2016, pp. 195-224.

⁵⁷ Rodríguez Pinzón, Erika, “El papel de la comunidad internacional tras la firma de los acuerdos de paz en Colombia”, *Real Instituto Elcano*, 28 de enero de 2016, p. 8.

se debe realizar con base en este Acuerdo puede venir acompañada con las actividades que lleven a cabo organizaciones internacionales y que tiendan, en definitiva, a asegurar la paz en el país.

Antes de la adopción del Acuerdo de Paz,⁵⁸ en pleno proceso de negociación para acabar con el conflicto, tanto el gobierno colombiano como las FARC solicitaron la intervención de Naciones Unidas.⁵⁹ No obstante, esta intervención quedaba limitada tanto por lo que se refiere a su composición como en lo relativo a los campos de actuación. En este sentido, dicha intervención se le calificó, por un lado, de una misión política y, en consecuencia, se insistió en que estaría “integrada por observadores internacionales desarmados”, y, por otro lado, se encargaría particularmente de labores de verificación en ámbitos muy concretos, tales como “vigilar y verificar la dejación de las armas[,] y formará parte del mecanismo tripartito que vigilará y verificará el cese del fuego y de las hostilidades bilateral y definitivo”.⁶⁰ Por lo tanto, desde el inicio, ha sido siempre bastante limitado el lugar que se le otorgó a Naciones Unidas en el proceso de paz en Colombia, puesto que, en razón de las características del conflicto, se estimó que esta organización únicamente debería, como mucho, llevar a cabo labores de este tipo y con ese contenido. Así, por ejemplo, en un caso concreto en el que se aprecia la colaboración de esta organización, se especifica en el Acuerdo de Paz que se entiende por “dejación de las armas (DA)” como “un procedimiento técnico, trazable y verificable mediante el cual la Organización de Naciones Unidas (ONU) recibe la totalidad del armamento de las FARC-EP para destinarlo a la construcción de monumentos”.⁶¹

En consecuencia, el diseño que siempre se estableció se centraba en la participación de Naciones Unidas en el “mecanismo tripartito para vigilar

⁵⁸ Incluso, mucho antes se puede observar el papel de Naciones Unidas en este conflicto. Por todos, véase Guerrero Sierra, Hugo Fernando, “El acompañamiento de la Organización de las Naciones Unidas en la gestión del conflicto armado en Colombia (1996-2010)”, *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2, 2012, pp. 32-55.

⁵⁹ En este sentido, se han formulado diversas solicitudes a Naciones Unidas por ambas partes. En una de ellas se decía: “solicitamos al secretario general de las Naciones Unidas, y por su intermedio, al Consejo de Seguridad, que autorice a la Misión ejercer las funciones de monitoreo, verificación, resolución de diferencias, recomendaciones, reportes y coordinación del mecanismo”. Marcos, Ana, “Colombia y las FARC pactan un plan para afianzar el cese al fuego bilateral”, *El País*, 7 de octubre de 2016, disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/10/07/colombia/1475847542_238172.html.

⁶⁰ S/RES/2261 (2016), 25 de enero de 2016.

⁶¹ “Nuevo acuerdo...”, *cit.*

y verificar el cese del fuego y de las hostilidades bilateral y definitivo”, tal y como quedará reflejado, con posterioridad, en el Acuerdo de Paz. No cabe duda de que se trata de un ámbito especialmente delicado y que resulta necesario para garantizar la paz y también para consolidarla, pero, en verdad, queda más bien referido al momento final del cese de las hostilidades y al cumplimiento de lo acordado para iniciar el proceso de consolidación de la paz. Lo que cabe subrayar es que los sectores que contempla el Acuerdo de Paz como nucleares no se ven directamente afectados por una participación directa de Naciones Unidas ni de ninguna otra organización internacional, ni tan siquiera en el sector relativo a las cuestiones humanitarias, en el que, a lo sumo, el Acuerdo de Paz se inspira en los principios de Naciones Unidas, pero sin que se produzca, que sepamos, una participación decisiva de esta organización en la implementación de las disposiciones del Acuerdo de Paz.⁶² Esto se aprecia también, por ejemplo, en otro sector relevante como es el caso del problema de las drogas, en el que el Acuerdo de Paz se limita a señalar que “...el Gobierno Nacional promoverá una Conferencia Internacional en el marco de la Organización de Naciones Unidas”.⁶³

Una vez que se adoptó el Acuerdo de Paz, la situación no ha cambiado sustancialmente en esta materia y la “nueva” Misión de Naciones Unidas ni transformó su naturaleza jurídica ni modificó esencialmente las funciones que se le atribuyen. Por esto, cabe despejar desde el principio la duda en torno al significado de la Misión que Naciones Unidas ha desplegado en Colombia (MNUC), con el objeto de no confundirla con un supuesto tradicional de operación de paz que tenga encargadas acciones de consolidación de la paz. Se ha dicho, con razón, que se trata de “una Misión Política Especial, que no debe ser confundida con las Operaciones para el Mantenimiento de la paz...”.⁶⁴

⁶² Otra cosa distinta es que la Misión de Naciones Unidas haga llamamientos al gobierno de Colombia en esta materia. Así, hace menos de un año, esta Misión hizo un llamamiento “a las instituciones del Estado competentes y a las fuerzas políticas para que remuevan los obstáculos que siguen impidiendo que el proceso de paz de Colombia cumpla con su compromiso con la justicia y el derecho de las víctimas”. Manetto, Francesco, “La ONU insta a poner en marcha el sistema de justicia para la paz en Colombia”, *El País*, 27 de junio de 2018, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/06/27/colombia/1530073493_177005.html.

⁶³ “Nuevo acuerdo...”, *cit.*

⁶⁴ Arévalo, Carlos, “La ONU y su papel en el proceso de paz de Colombia”, *El Tiempo*, 8 de febrero de 2016, disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16504837>.

Con ello, quedan definidos algunos de los rasgos que perfilan en esta Misión, la cual, en realidad, supone realizar labores de verificación de algunos de los puntos del Acuerdo de Paz a solicitud de las partes en el conflicto y, sobre todo, por la posición favorable que al respecto muestra el gobierno colombiano.⁶⁵

Interesa reseñar que la MNUC se define a sí misma como un complemento del Acuerdo de Paz y que todas sus actuaciones se realizan en el marco de lo que dispone dicho Acuerdo, que supone, en verdad, la base para el proceso de consolidación de la paz. La lectura de la Resolución 2366 (2017) del Consejo de Seguridad por la que se crea esta Misión y que representa el Mandato así lo atestigua. Por esto, no se debe extrañar que en la propia Resolución se determine, con toda claridad, que la Misión de Verificación se encarga “de verificar la implementación por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP de los puntos 3.2 y 3.4 del Acuerdo Final...”⁶⁶

En efecto, la creación de esta Misión es el resultado de una de las decisiones que se adoptan en el Acuerdo de Paz y que se recuerda en la propia Resolución del Consejo de Seguridad. Justamente, en el punto 6.3.3 del Acuerdo de Paz se tomó la decisión de que “el Gobierno Nacional y las FARC-EP solicitarán a las Naciones Unidas a través de la Asamblea General, una Misión Política con el mandato de verificar la reincorporación de las FARC-EP y la implementación de medidas de protección y seguridad personal y colectiva”.⁶⁷ El mandato de Naciones Unidas queda, por lo tanto, condicionado a lo que se dispone en el Acuerdo y, por ende, esta organización sólo actúa en el marco de lo que se estipula expresamente en el mismo. Siempre se podrá decir que lo mismo sucede en otros muchos supuestos, pero la diferencia con el presente caso radica en que corresponde, sobre todo, al gobierno colombiano implementar el Acuerdo y que, asimismo, las funciones que se le atribuyen a la MNUC tan sólo son complementarias y con un carácter específico.⁶⁸

⁶⁵ En este sentido, se deben interpretar las palabras del presidente Santos en la carta dirigida al secretario general y a la Presidencia del Consejo de Seguridad, al afirmar lo siguiente: “tengo la seguridad de que, tal como ha ocurrido con la actual misión, el apoyo decidido de las Naciones Unidas a Colombia será primordial para que nuestro proceso... continúe su implementación según lo pactado entre las partes y culmine de manera exitosa”. S/2017/481, 8 de junio de 2017.

⁶⁶ S/RES/2366 (2017), 10 de julio de 2017.

⁶⁷ “Nuevo acuerdo...”, *cit.*

⁶⁸ Así, “el Mandato de la MNUC quedaba determinado básicamente en verificar el alto al fuego y materializar el proceso de dejación de armas...”. Rubiella Romañach, Alejandro, “La Misión de las Naciones Unidas...”, *cit.*, p. 15.

La labor que realiza esta Misión tiene, por ello, unos objetivos precisos y no determina los lineamientos en los que debe fundamentarse la consolidación de la paz, puesto que éstos han quedado explícitamente señalados en el Acuerdo de Paz. La lectura de los distintos informes que ha ido presentando el secretario general de Naciones Unidas en relación con esta Misión lleva a la conclusión de que ésta tiene un carácter básicamente complementario y de ayuda a los esfuerzos que se realizan, sobre todo por el gobierno de Colombia, para implementar una paz definitiva. Así, abundan las expresiones relativas a “colaboración”, “ayuda” y “cooperación”, de tal modo que la Misión se orienta a prestar su colaboración a todas las instituciones del Estado colombiano y a sectores de la sociedad civil. Esto ha quedado reflejado en múltiples ocasiones, cabiendo recordar como se decía que “la Misión ha seguido fortaleciendo su colaboración con los organismos gubernamentales; las autoridades departamentales, municipales y locales; las organizaciones de la sociedad civil...” y otras organizaciones de todo tipo.⁶⁹

En definitiva, es una tarea de complemento necesario que otorga mayor legitimidad internacional al proceso de consolidación de la paz en Colombia, pero que no priva al Acuerdo de Paz de su condición de instrumento básico de la consolidación de la paz. En este marco es donde se debe situar la tarea encomendada a la Misión, especificando que su función principal es servir de apoyo a las autoridades locales en la implementación del Acuerdo de Paz. Esta perspectiva es la que se adopta en todos los casos y, por si fuera poco, el propio Mandato señala, con trazo grueso, que la labor de la Misión siempre se ejerce en plena colaboración con los órganos e instituciones creados por el Acuerdo de Paz. Por eso, se especifica, por ejemplo, que la “Misión de Verificación trabajará también en estrecha colaboración con los órganos de verificación pertinentes establecidos en el Acuerdo Final”.⁷⁰

En otros términos, la Misión no cede el protagonismo al Estado como último y principal responsable del proceso de consolidación de la paz, como suele suceder en otras misiones de Naciones Unidas, sino que, desde el principio, la formulación que se hace de las funciones de la Misión toma como base lo que se determina en el Acuerdo de Paz, que siempre pone el énfasis

⁶⁹ *Informe del secretario general sobre la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia*, S/2017/1117, 27 de diciembre de 2017, p. 15, párr. 68.

⁷⁰ “En particular, la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final, el Consejo Nacional de Reincorporación y la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad”. S/RES/2366 (2017), 10 de julio de 2017.

en la obligación del Estado colombiano de hacer efectivas las medidas que se contemplan.

Lo anterior no significa, en ningún caso, que la MNUC no represente un avance en la implementación del Acuerdo de Paz ni que cumpla exclusivamente un papel simbólico. La mera presencia de Naciones Unidas en un conflicto como éste, el cual, a lo largo del tiempo, se ha querido mantener dentro de los límites de las competencias del Estado colombiano, es una muestra de que, al cabo, todo proceso de consolidación de la paz, por singular y particular que sea, como sucede en este caso, siempre debe recibir el apoyo y la colaboración de organizaciones internacionales y, en concreto, de Naciones Unidas.⁷¹ La participación de esta organización, como decimos, otorga un mayor grado de legitimidad y, al mismo tiempo, fortalece el proceso de consolidación de la paz. No se puede decir que la acción de Naciones Unidas, en este caso, resulte fundamental, lo que no quiere decir que se le reste valor alguno a su actuación.

En este sentido, quizá exagerando, el representante de Estados Unidos llegó a decir que “Colombia ha sido una fuente de inspiración para la paz, no solo en la región sino en todo el mundo” y que los “beneficios de esta paz son irrefutables”, por lo que “la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia ha sido vital para ese éxito”.⁷² Claro está que la puesta en marcha de esta Misión expresa las dificultades que existen para que un Estado por sí solo sea capaz de afrontar un proceso de paz tan complicado y para que se aseguren todos los componentes que consolidan la paz. Pero de ahí no se puede extraer, en ningún caso, la conclusión de que la Misión de Naciones Unidas sea un elemento imprescindible para lograr la paz, al menos en el caso colombiano. A lo sumo, la labor de Naciones Unidas se debe calificar de “acompañamiento” en el proceso de consolidación de la paz.

Las actividades que desarrolla esta Misión están, no obstante, limitadas en función de lo que se establece en el Mandato. Así, en el resumen que se hace de la labor de la Misión se precisa que “dos son los puntos del Acuerdo Final que deberán ser verificados por la Misión”, especificándose en concreto el “Punto 3.2 del Acuerdo: Reincorporación de FARC a la vida civil – en lo económico, lo social y lo político” y el “Punto 3.4 del Acuerdo: Garantías de

⁷¹ Bejarano Mahecha, Paula, “La verificación internacional: condición decisiva en la solución negociada del conflicto armado colombiano”, *Revista Opera*, núm. 21, 2017, pp. 183-208.

⁷² S/PV. 8450, 23 de enero de 2019, p. 5.

seguridad y lucha contra las organizaciones y conductas criminales”, abriéndose un abanico un poco más amplio de actuaciones.⁷³

IV. CONCLUSIONES

El examen de la realidad colombiana una vez que se da por finalizado el conflicto, al menos en sus componentes más esenciales, con la celebración del Acuerdo de Paz adoptado en La Habana y modificado en algunos aspectos con posterioridad, depara múltiples cuestiones en torno a la contribución de esta experiencia a la consolidación de la paz. Cada uno de los apartados de este Acuerdo representa una expresión de las medidas que configuran el fenómeno de consolidación de la paz, aunque adquieren, sin duda, un especial valor las cuestiones relativas a la participación política y las relacionadas con los asuntos humanitarios.

La paz en Colombia representa un caso específico que, dotado de características propias, podría situarse sin problemas en el campo de la consolidación de la paz. El Acuerdo de Paz establece, en este sentido, unas pautas bastantes claras al abordar esencialmente el periodo que debe transcurrir entre el fin definitivo del conflicto y la instauración de un entorno en el que desaparezca la violencia y se garantice la paz en la sociedad colombiana. Lo acordado en La Habana va más allá del fin de las hostilidades y procura el establecimiento de un marco normativo e institucional que haga realidad la paz en Colombia. Por lo tanto, aunque el proceso de paz en Colombia es complicado y difícil de traducir en la práctica, se cuenta con un instrumento político-jurídico de gran envergadura que, al tiempo que dispone los pasos que deben dar el gobierno, las FARC y la sociedad colombiana para la plena realización de la paz, impone obligaciones precisas en aquellos sectores que estaban en la base de la existencia del conflicto. Por ello, el cumplimiento del Acuerdo de Paz no puede ser parcial o fragmentado si se quiere conseguir un estado aceptable de consolidación de la paz.⁷⁴

⁷³ Disponible en: <https://colombia.unmissions.org/mandato>.

⁷⁴ En otras palabras: “a fin de asegurar una adecuada implementación del Acuerdo de Paz, es esencial garantizar su integridad como conjunto de compromisos interrelacionados”. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, *Informe del secretario general*, S/2019/265, 26 de marzo de 2019, p. 19, párr. 116.

Ahora bien, el modelo que ha seguido Colombia en la implementación y consolidación de la paz se podría calificar de singular o, por lo menos, que responde fielmente a la naturaleza y rasgos que han venido definiendo al conflicto colombiano. El Estado ha asumido, desde el principio, el protagonismo en el proceso tendiente a la paz, pero también en la adopción de las medidas precisas para que se consolide. La participación de organizaciones internacionales ha tenido un papel secundario, lo que no quiere decir, en modo alguno, que no se haya contado, en particular, con la participación de Naciones Unidas. Ahora bien, la consolidación de la paz en el caso de Colombia se fundamenta y se implementa en virtud de lo establecido en el Acuerdo de Paz. Por esto, dicho Acuerdo dispone, de una manera bastante detallada, no sólo los ámbitos en los que se debe incidir para lograr la paz, sino que también determina los cambios legislativos e institucionales que el Estado debe abordar para que resulte efectivo.

Se trata, en consecuencia, de un modelo de consolidación de la paz que se desarrolla con el concurso de las partes en conflicto y con la connivencia de la sociedad colombiana. Esto queda reflejado en el plebiscito que tuvo lugar en octubre de 2016 que, a pesar de no ser favorable al contenido del Acuerdo de Paz, al menos en algunos de los puntos que recoge no obstaculiza la entrada en vigor y la implementación del Acuerdo. En definitiva, la consolidación de la paz en Colombia descansa primordialmente sobre la base de las posiciones del gobierno colombiano y de las FARC y con una actitud positiva de la sociedad colombiana. Que el Estado colombiano asuma la responsabilidad primordial en el proceso de consolidación de la paz no supone ninguna novedad en relación con los procesos que habitualmente se llevan a cabo en la práctica internacional; no obstante, en este caso, la singularidad radica en que el Estado asume un papel activo y decisorio y, al mismo tiempo, establece los lineamientos básicos sobre los que debe asentarse la paz en Colombia.

Por ello, la participación de organizaciones internacionales en el campo de la consolidación de la paz en Colombia se reduce, en esencia, a la instauración de una “Misión de Verificación del Acuerdo de Paz” por parte de Naciones Unidas. Se trata de una Misión de carácter político que tiene limitadas sus competencias no sólo en virtud del Mandato, adoptado por el Consejo de Seguridad, sino que también debe realizar sus actuaciones en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de Paz. Este Acuerdo se constituye, asimismo, en la base de actuación de Naciones Unidas, siendo así que en muy

pocas de sus disposiciones se da cabida a la participación de la organización internacional.

Por lo tanto, el peso de la consolidación de la paz en Colombia no descansa, como sucede en otros casos, en una organización internacional, sino en las políticas y actuaciones que determine el Estado colombiano. En todo caso, siempre se puede decir que la Misión “acompaña” el proceso de consolidación de la paz, que está en manos de las partes que han dado por finalizado el conflicto.⁷⁵ En breve, se trata de una Misión de acompañamiento que no implica el empleo de personal militar de ningún tipo y que se limita a verificar, formulando algunas recomendaciones, el cumplimiento de lo establecido con precisión en el Acuerdo de Paz.

Los principales retos a los que se enfrenta la sociedad colombiana en el periodo del posconflicto han quedado básicamente reflejados en el Acuerdo de Paz y adquieren una especial relevancia, como hemos dicho, los asuntos de carácter político y aquellos que afectan a los derechos humanos, siendo de particular importancia todo lo relativo al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en relación con las víctimas del conflicto. No obstante, un sector que merecería un especial interés sería el relativo a la participación política. La reiterada referencia a las bases democráticas y al respeto de los derechos humanos en el Acuerdo de Paz permitiría abordar con intensidad las cuestiones referentes a la participación política y, en particular, la incorporación de los líderes de las FARC a la vida política colombiana en términos de normalidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco y GUZMÁN DUARTE, Valeria, “La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 30, 2017.

AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, “La consolidación de la paz en el derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010.

⁷⁵ Informe del secretario general sobre la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, S/2018/279, 2 de abril de 2018, p. 19, párr. 91.

- ARÉVALO, Carlos, “La ONU y su papel en el proceso de paz de Colombia”, *El Tiempo*, 8 de febrero de 2016, disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16504837>.
- BARNETT, Michael *et al.*, “Peacebuilding: What Is in a Name?”, *Global Governance*, vol. 13, 2007.
- BASSET, Yann, “Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia”, *Estudios Políticos*, núm. 52, 2018.
- BETANCUR RESTREPO, Laura, “The Legal Status of the Colombian Peace Agreement”, *American Journal of International Law*, vol. 110, 2016.
- CALL, Charles T., *The Evolution of Peacebuilding: Improved Ideas and Institutions?*, United Nations University, Centre for Policy Research, febrero de 2015.
- CARDONA ZULETA, Luz Margarita y LONDOÑO ÁLVAREZ, César Augusto, “La retórica del miedo como estrategia política. El plebiscito por la paz en Colombia”, *Revista Forum*, núm. 14, 2018.
- DAVID, Charles-Philippe, *Genèse et développement de la consolidation de la paix: dimensions conceptuelles et empiriques*, Université du Québec à Montréal, 1998.
- DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo, “La paz en Colombia. Entre el acuerdo, el desacuerdo y el desespero”, *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, núm. 12, 2016.
- DOYLE, Michael W. y SAMBANIS, Nicholas, “International Peacebuilding: A Theoretical and Quantitative Analysis”, *The American Political Science Review*, vol. 94, núm. 4, 2000.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos Ramón, “Naturaleza y consideraciones sobre el Acuerdo de Paz entre las FARC y el gobierno colombiano”, *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, España, Tirant lo Blanch, 2018, vol. 1.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, “La reforma de las Naciones Unidas y la Cumbre Mundial 2005: la Comisión de Consolidación de la Paz”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, núm. 2, 2005.
- GÓMEZ PESTANA, Ruth Mercedes, “El plebiscito sobre los acuerdos de la paz en Colombia: la legítima búsqueda de la paz en un contexto político antagónico”, *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 10, núm. 13, 2017.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Andrés, “Relación entre conflicto y posconflicto: Colombia y los acuerdos de paz”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 6, abril-junio de 2017.

- GRASA, Rafael, “La terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia: acotaciones para la lectura del Acuerdo Final”, *Analecta Política*, vol. 7, núm. 12, 2017.
- HATTO, Ronald, “Del mantenimiento de la paz a la consolidación de la paz: la evolución del papel de las Naciones Unidas en las operaciones de paz”, *International Review of the Red Cross*, núms. 891-892, septiembre-diciembre de 2013.
- JENKINS, Rob, *Peacebuilding from Concept to Commission*, Londres-Nueva York, Routledge, 2013.
- LASHERAS, Borja, “Un multilateralismo renovado para el siglo XXI: la prevención de conflictos y la consolidación de la paz”, *Naciones Unidas como principal elemento del multilateralismo del siglo XXI*, España, Ministerio de Defensa-Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2009.
- Libro Blanco sobre la Consolidación de la Paz*, Ginebra, Geneva Peacebuilding Platform, 2015.
- MACULAN, Elena, “El Acuerdo de Paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017.
- MADINABEITIA, Xabier Deop, “La instauración de instituciones democráticas en las operaciones de consolidación de la paz: un ejemplo de construcción de la paz”, *Tiempo de Paz*, núm. 59, 2000.
- MANETTO, Francesco, “La ONU insta a poner en marcha el sistema de justicia para la paz en Colombia”, *El País*, 27 de junio de 2018, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/06/27/colombia/1530073493_177005.html.
- MARCOS, Ana, “Colombia y las FARC pactan un plan para afianzar el cese al fuego bilateral”, *El País*, 7 de octubre de 2016, disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/10/07/colombia/1475847542_238172.html.
- MARTÍNEZ VOLKMAR, Juan José, “Jurisdicción Especial para la Paz y su relevancia en la convulsa coyuntura política colombiana”, *Revista Ratio Juris*, vol. 12, núm. 25, 2017.
- MEDINA AGUILAR, Claudia, “La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 189, 2017.
- ÖZERDEM, Alpaslan y YONG LEE, Sung, *International Peacebuilding: An Introduction*, Londres, Routledge, 2015.

- PAVLOVICH JIMÉNEZ, Gretty, “El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario”, *Justicia Juris*, vol. 9, núm. 1, 2013.
- PONZIO, Richard, “La Comisión de Consolidación de la Paz de la ONU: sus orígenes y desempeño inicial”, *Comercio Exterior*, vol. 57, núm. 12, 2007.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, “La justicia penal internacional y Colombia”, en DÍAZ BARRADO, C. M. *et al.* (dirs.), *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- REAL, Bénédicte, “La creación de la Comisión de Consolidación de la Paz como institucionalización de la intervención de las Naciones Unidas en situaciones de post-conflicto”, en BLANC ALTEMIR, A. (coord.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas: la dimensión institucional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, Madrid, Tecnos, 2009.
- RESTREPO FLOREZ, César Andrés, “Consolidación de la paz y la seguridad en Colombia: alcances de una reforma al sistema de seguridad”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 2, núm. 2, 2016.
- REY MARCOS, Francisco y DUVAL, Sophie, “La dimensión humanitaria de los acuerdos de paz: propuestas para la comunidad internacional en Colombia”, en CHURRUCA MUGURUZA, Cristina (coord.), *Colombia, ¿cómo construir la paz?: redes sociales y espacios de protección de las personas desplazadas*, Madrid, Catarata, 2015.
- RÍOS SIERRA, Jerónimo, “El Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC: o cuando una paz imperfecta es mejor que una guerra perfecta”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 19, núm. 38, 2017.
- RODRÍGUEZ CUADROS, José Darío, “Los desafíos de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia”, *Razón y Fe. Revista Hispanoamericana de Cultura*, t. 275, núms. 1423-1424, 2017.
- ROJAS OROZCO, César, “Estatus jurídico internacional del Acuerdo de Paz colombiano”, *Estudios de Derecho*, vol. 75, núm. 165, 2018.
- RUBIELLA ROMAÑACH, Alejandro, “La Misión de las Naciones Unidas en Colombia MNUC” (documento de opinión 18/2018), Instituto Español de Estudios Estratégicos, 22 de febrero de 2018.
- RUBIELLA ROMAÑACH, Alejandro, “Participación española en la Misión de Naciones Unidas en Colombia (MNUC)”, *Boletín I.E.E.E.*, núm. 9, 2018.
- RUBIN, Barnett R., *Consolidación de la paz, consolidación del Estado: construir soberanía para la seguridad*, Madrid, Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUIHEM), 2005.

- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, “Dimensión y problemática constitucionales de los acuerdos de paz en Colombia: los derechos constitucionales en el postconflicto”, en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José *et al.* (eds.), *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José, “El papel de la jurisdicción constitucional colombiana en el proceso hacia la paz y el postconflicto”, *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, núm. 13, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José *et al.* (eds.), *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- STEWART, James, “El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”, *Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín*, Bogotá-Medellín (Colombia), 30 y 31 de mayo de 2018.
- TREJOS ROSERO, Luis Fernando, “El derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano. Propuestas para su aplicación”, *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, “Los derechos de las víctimas y la negociación”, en DÍAZ BARRADO, C. M. *et al.* (dirs.), *Derecho internacional humanitario y derechos humanos: reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- VALENCIA, Paula Andrea y FRANCÉS-GÓMEZ, Pedro, “Legitimidad de la Jurisdicción Especial para la Paz”, *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 11, núm. 1, 2018.
- VALENCIA VILLA, Alejandro, “Derecho internacional y conflicto interno: Colombia y el derecho de los conflictos armados”, *Colombia Internacional*, núm. 6, 1989.
- VERGEL TORRADO, Julián José, “Plebiscito por la paz en Colombia: una disputa política más allá del contenido de los acuerdos”, *Marco: Revista de Márketing y Comunicación Política*, núm. 3, 2017.

Práctica internacional mexicana

Implementación del T-MEC. Las medidas tecnológicas de protección y el régimen de limitaciones de la Ley Federal del Derecho de Autor de México

Jorge Luis Ordelin Font*

El 1o. de julio de 2020 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto en virtud del cual se reforman diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos de Autor de México (LFDA).

Las reformas y adhesiones a la LFDA se encuentran, esencialmente, en el capítulo V, título IV, “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet”. El objetivo de estas modificaciones es realizar la recepción en la legislación nacional de las normas convencionales del Tratado México, Estados Unidos y Canadá (en adelante el Tratado o T-MEC).¹ Con estas modificaciones las disposiciones convencionales se han convertido en ley interna y gozan de total eficacia.

Al reproducirse en la legislación nacional lo dispuesto en el artículo 20.67 del Tratado, se evidencia la contradicción existente entre el contenido de este precepto, devenido ahora en norma nacional, y el ordenamiento jurídico interno. El artículo 20.67 aborda todo lo relacionado con las me-

* Faculdade Meridional IMED (PNDP/CAPES), Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8778-882X>, jlordelin@gmail.com.

¹ Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, Estados Unidos y Canadá. Este tratado entró en vigor el 1o. de julio de 2020. Sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), firmado en 1994 entre dichos países.

didadas tecnológicas de protección de las obras y demás prestaciones artísticas. Su recepción en el derecho interno, a partir de las modificaciones a la LFDA, ha sido motivo de múltiples cuestionamientos, inclusive de una acción de inconstitucionalidad promovida por la presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Se considera que el establecimiento de estas medidas impone restricciones indebidas para el ejercicio del derecho a la propiedad privada, y, por interdependencia, de otros derechos humanos, como son de las personas usuarias de bienes que sirven como soporte material de obras protegidas tecnológicamente, entre los que se encuentran la libertad de trabajo o comercio, la libertad de expresión y el derecho a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico.²

Más allá de que se pueda estar de acuerdo con la precisión de los argumentos esgrimidos para promover la anteriormente referida acción de inconstitucionalidad, lo cierto es que la contradicción en relación con la implementación del Tratado no se encuentra en la figura de las medidas tecnológicas de protección, sino en la regulación que se realiza de las mismas y, en particular, de lo previsto en el artículo 114 Quáter y Quinquies de la LFDA.

La figura de las medidas tecnológicas no es nueva en el derecho de autor y es parte de las obligaciones económicas internacionales que adoptó el Estado mexicano al firmar y ratificar el Tratado de la OMPI³ sobre Derecho de Autor (TODA, 1996) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF, 1996), el 6 de marzo de 2002 y el 20 de mayo de 2002, respectivamente.⁴

Estos instrumentos convencionales regulan las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Con ellas se crea la obligación de brindar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los

² Acción de inconstitucionalidad promovida por María del Rosario Piedra Ibarra, presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia.

³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

⁴ Estados partes, 1o. de junio de 2020, disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wct.pdf> (TODA); <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wppt.pdf> (TOIEF) (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020).

autores, artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, concernidos o permitidos por la ley.⁵

Esta concepción no es contraria con la que el apartado 6 del artículo 20.67 del T-MEC brinda al entender como medida tecnológica efectiva “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su funcionamiento, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o protege el derecho de autor o un derecho conexo” y se halla en correspondencia con lo regulado en el artículo 114 Bis.

Sin embargo, como ya se ha afirmado la principal contradicción no se encuentra en la obligación tanto de los Tratados OMPI como del TMEC de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, sino en el régimen de excepciones y limitaciones previsto en el apartado 4 del artículo 20.67 del T-MEC en relación con la aplicación de estos mecanismos de protección, y particularmente la transposición al ordenamiento jurídico interno de las disposiciones contenidas en esta materia en el T-MEC. Al implementar este apartado al ordenamiento jurídico interno, el órgano legislativo adoptó de facto el régimen particular de excepciones y limitaciones que dicho apartado prevé para el caso de las excepciones y limitaciones en materia de medidas tecnológicas, lo cual genera innumerables dudas en relación con la compatibilización de este régimen con las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor que se prevén en el artículo 148 de la LFDA.

Aun cuando se puede hablar de regímenes de limitaciones y excepciones diferentes (uno recae sobre las medidas tecnológicas y el otro sobre los derechos de autor), no se puede obviar la estrecha relación que existe entre uno y otro. Si la medida tecnológica actúa como medio de protección y controla el acceso y uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas, emisiones y demás prestaciones su utilización uso no puede estar en contradicción con el régimen de excepciones y limitaciones previsto en la norma autoral, así como tampoco con el ejercicio de otros derechos humanos. No se puede olvidar que las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor, son expresión, o al menos lo intenta ser,

⁵ Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), adoptados en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996.

del equilibrio que debe existir entre derechos y derechos humanos interdependientes. Por ende, cualquier mecanismo que no respete o restrinja de una forma u otra este régimen de limitaciones está, por ende, quebrando el equilibrio anteriormente referido. Este es el principal riesgo que tiene la introducción de este artículo en el régimen autoral mexicano a partir de la adopción del T-MEC.

La regulación que hace el legislador mexicano no es clara y genera dudas en relación con si el régimen de excepciones y limitaciones a la elusión de medidas tecnológicas, regulado en el artículo 114 Quáter, es el único aplicado a este supuesto o si es posible aplicar al mismo el régimen previsto en el artículo 148 de la LFDA cuando la protección que brindan dichas medidas no permite el uso sin autorización de las obras literarias y artísticas, fonogramas, interpretaciones y ejecuciones y demás objetos de protección de la ley. La regulación prevista en el apartado 9 del artículo 114 Quáter nos hace suponer que la regulación sólo abarca el primero de los supuestos anteriormente citados, mas no el segundo. Ello se encuentra motivado por el hecho de que el apartado en cuestión establece que no se considerará como violación las acciones de elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva cuando se fundamente en cualquier otra excepción o limitación para una clase particular de obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, siempre y cuando ello sea determinado por el Instituto; ¿cuál instituto? A solicitud de la parte interesada basado en evidencia.

De esta forma, la recepción de las modificaciones del T-MEC realizada por el legislador mexicano contradice el régimen de limitaciones y excepciones previsto por el propio T-MEC y la norma mexicana, al tiempo que establece un desacertado procedimiento para hacer valer un régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor, que no se corresponde con la práctica nacional ni parece ser viable desde la propia concepción de esta figura en el derecho autoral mexicano.

Como ya hemos afirmado, la primera contradicción es en relación con el propio T-MEC, específicamente el artículo 20.65, que regula las limitaciones y excepciones, y con el régimen previsto en el artículo 148 de la Ley de Derechos de Autor. El propio Tratado reconoce en dicho artículo que nada de lo dispuesto en éste reduce ni amplía el ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones previstas en el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Por lo cual, el uso de cualquier medida tecnológica

de protección efectiva no puede ir en contra o en detrimento de ninguna excepción o limitación que sea reconocida en estos tratados internacionales y regulada en el artículo 148 de la ley autoral mexicana.

Tomemos el ejemplo de las bibliotecas. Según el artículo 148, apartado 5, de la LFDA, las obras literarias y artísticas ya divulgadas pueden utilizarse sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, siempre y cuando no se afecte la explotación normal de la obra, se cite la fuente, no se explote la obra y la reproducción de una sola copia obedezca a razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. Sin embargo, el apartado IV del artículo 114 Quárter de la LFDA no considera como infracción la elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva sólo cuando el acceso por parte del personal de una biblioteca, archivo o una institución educativa o de investigación, cuyas actividades sean sin fines de lucro, se realice con el único propósito de decidir si se adquieren ejemplares de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma.

En otras palabras, ¿qué sucedería si existe una medida tecnológica que impida realizar a una biblioteca el supuesto contemplado en el apartado 5 del artículo 148 de la LFDA? Como se colige, los fines de uno u otro artículo son distintos. Si bien pudiera argumentarse que los medios a los que está destinado uno u otro supuesto son diferentes, léase analógico y digital, nada obsta para que dicha situación se materialice y sea necesario aplicar el apartado 5 del artículo 148 en el contexto digital. Surge entonces la duda de si la elusión de la medida tecnológica puede ser permitida cuando el fin sea la seguridad y preservación de la obra y no sólo para decidir sobre la adquisición o no de ejemplares.

Empero, como se reconoce en la propia acción de inconstitucionalidad, el error del legislador mexicano no sólo estuvo en contemplar algunos fines o usos legítimos para la elusión de medidas tecnológicas de protección, dejando fuera otros, sino también en crear una cláusula abierta que permite al Instituto Nacional de Derechos de Autor determinar casuísticamente otros usos legítimos. Esta cláusula se traduce en: *a)* una inhibición ilegítima para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente para aquellos usos legítimos que no se hayan comprendidos en el artículo y derivan del ejercicio de otros derechos humanos, y *b)* constituye una carga injustificada para los usuarios, quienes se encontrarían en la obligación de solicitar autorización para ejercer derechos humanos.

La fórmula utilizada en esta disposición trastoca el sistema de excepciones y limitaciones al que responde la propia LFDA; guarda similitud con el sistema de protección del *copyright* en el que no existe un catálogo expreso de supuestos para uso sin autorización del autor o los titulares de los derechos sobre las obras y demás prestaciones y en el cual, a partir de la aplicación del *fair use*, determina cada uno de los supuestos. Sin embargo, más allá de que dicho mecanismo abierto pudiera ser beneficioso en el ámbito digital, el problema no se encuentra en la figura en sí, sino en cómo es implementada, lo que trastoca el régimen legal de las limitaciones y excepciones y el consecuente equilibrio entre los derechos de autor y los derechos humanos.

A diferencia del propio régimen de *fair use*, le corresponde al usuario solicitar autorización para determinar si se encuentra en un supuesto de limitaciones y excepciones, además de presentar evidencias al respecto. Ello incide en el ejercicio efectivo de otros derechos humanos de los cuales las limitaciones y excepciones pudieran ser expresión, dado que le corresponderá al usuario demostrar que se encuentra en la situación prevista en la norma para poder eludir o evadir dichas medidas tecnológicas y, por ende, gozar de las limitaciones y excepciones que la propia ley reconoce. Todo eso sin tener en cuenta que deberá, además, correr con la carga de la prueba sin tener precisión sobre cuáles son los criterios que el Instituto adoptará para considerar si son una limitación o excepción sólo las previstas en el artículo 148 de la LFDA o si es posible configurar un régimen más amplio.

Entonces, la pregunta que surge es si es posible conjugar las obligaciones previstas en el Tratado con el régimen interno de protección de los derechos de autor, con especial referencia al entorno digital. Para ello es importante tener en cuenta que existen modelos de regulación que permiten una comunión entre la protección que brindan las medidas tecnológicas, y su consecuente régimen de excepciones y limitaciones, y el régimen previsto para el uso sin autorización de obras, prestaciones artísticas, fonogramas y demás objetos de protección. Países como España y Ecuador, que han regulado esta figura, parten de reconocer que no existe protección efectiva por parte de las medidas tecnológicas si éstas no respetan el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos, y que el sistema funciona al contrario de como lo ha planteado el legislador mexicano; es decir, le corresponde al autor o sus titulares demostrar que el uso que se hace del objeto protegido por la ley no se corresponde con el régimen de

limitaciones y excepciones y, por ende, la evasión o elusión de la medida tecnológica no se halla justificada.

En México, el legislador debió prever en la regulación legal, además del régimen de excepciones y limitaciones consagrado de forma expresa en el T-MEC, la obligación de respeto de las demás limitaciones y excepciones que se reconocen en la propia ley autoral, específicamente aquellas plasmadas en el artículo 148 de la norma autoral. Incluso, podría modificar dicho régimen y actualizarlo al ámbito digital amparado en el propio Tratado, que prevé que sólo establece como limitación el respeto al régimen el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Esta solución tampoco es contraria a lo establecido en el inciso h, apartado 4, del artículo 20.67, puesto que el Tratado anticipa que pueden existir otras excepciones o limitaciones adicionales:

...para usos no infractores de una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, cuando un efecto adverso real o potencial sobre aquellos usos no infractores se demuestre mediante evidencia sustancial en un proceso legislativo, regulatorio o administrativo, de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte.

En otras palabras, la única solución que desde el Tratado se brinda no era la regulación por parte de la entidad administrativa, dígase Instituto Nacional de Derecho de Autor, para determinar otros supuestos de excepciones o limitaciones. También era posible que el legislador adoptara una posición al respecto; o sea, podía haber regulado dicho régimen sin que existiera impedimento respecto al mismo. Todo ello sin entrar a dilucidar la aceptación, por parte de los negociadores, de un proceso que poco o nada tiene que ver con el régimen interno de limitaciones y excepciones de los derechos de autor en México.

Una vez más, en la implementación del Tratado el legislador nacional dejó de lado la posibilidad de utilizar vías y criterios alternativos para regular de forma integral los derechos de autor y de propiedad intelectual en beneficio del Estado mexicano. El debate jurídico nacional para la recepción e implementación del Tratado no tuvo en cuenta las diversas posiciones que en relación con esta temática existen. Una vez más quedó demostrado que el análisis sobre el uso de medidas tecnológicas de protección debe rebasar los estrechos marcos del discurso entre usuarios y autores. Al igual que suele

sucedan en otros temas de derechos de autor, éstas no son más que los extremos más afectados de cualquier relación que se establece alrededor de estos derechos.

No es común que los autores implementen medidas tecnológicas de protección, debido a que ellos no tienen las condiciones económicas y técnicas para hacerlo; por lo general, son las empresas intermediarias y titulares derivados de estos derechos quienes están interesados en utilizar medios de protección para cuidar la inversión que realizan en el producto cultural. Por ende, su uso sólo es posible si se toma como referencia, en este uso, los derechos de los usuarios. Sin desconocer la importancia de las empresas que participan en la distribución y comercialización del producto cultural, es necesario comenzar a desmitificar los argumentos teóricos que sustentan la adopción de regulaciones desarticuladas —sin posibilidades de ser creativos en la recepción del derecho internacional— que responden más a intereses foráneos y empresariales que a los de los propios autores, así como al desarrollo y fomento de una sociedad basada en la creatividad y el conocimiento.

El asilo político concedido a nacionales ecuatorianos en México

Ingrid Berlanga Vasile*

En México, “es una facultad discrecional del Estado admitir a un extranjero en su territorio y actuar como su protector, al considerar que el individuo, debido a su perfil público, es objeto de persecución política”.¹ La concesión del asilo diplomático es un acto de política exterior, por lo que corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores su concesión, en conjunto con la Secretaría de Gobernación, previa consideración de la Representación de México en el Exterior, permitir motivar la protección solicitada por la persona en territorio del Estado asilante.

En octubre de 2019 Ecuador atravesaba por una crisis socioeconómica y política en cuyo contexto se aprobaron medidas económicas que conllevaron al incremento de los precios de combustibles subvencionados por el gobierno, entre 130% en el diesel y 30% en la gasolina extra. Tal decisión generó profundo malestar en la sociedad, en particular en el sector trabajador de menores recursos, pueblos indígenas, estudiantes universitarios, agricultores, sindicalistas y transportistas, quienes protagonizaron protestas que paralizaron al país por 13 días, llegando incluso a la violencia y al vandalismo. El presidente Lenín Moreno declaró estado de excepción en todo el territorio ecuatoriano.

* Fletcher School, Estados Unidos de América; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2290-8995>, ingridbervas@gmail.com. Las opiniones plasmadas en el texto no corresponden, necesariamente en su totalidad, a la posición del gobierno mexicano.

¹ Lineamientos para atender solicitudes de asilo, Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 2016, disponible en: <https://extranet.sre.gob.mx/images/stories/asilo/asilo2016.pdf>.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, pp. 973-981
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

La Secretaría de Relaciones Exteriores publicó un comunicado expresando la preocupación del gobierno de México por los sucesos e hizo un llamado a respetar el Estado de derecho y los derechos humanos en Ecuador.² A raíz de estos disturbios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó una visita a Ecuador en octubre de 2019, y confirmó que las medidas económicas implementadas por el gobierno no fueron precedidas por un proceso de consulta ciudadana ni de una evaluación de su impacto. El 13 de octubre de ese año se llegó a un acuerdo entre el gobierno y los dirigentes de las organizaciones opositoras, derogándose las medidas.

La organización política ecuatoriana “Revolución Ciudadana” —simpatizante del expresidente Rafael Correa— es un actor decididamente opuesto a los intereses e ideología del partido del gobierno “Alianza País”. El gobierno le atribuyó la responsabilidad de las protestas y la autoría de los hechos violentos³ y acusó a varios de sus miembros de instigación, terrorismo y sabotaje. Siete activistas políticos y assembleístas de nacionalidad ecuatoriana solicitaron asilo político en la Embajada de México en Ecuador como resultado de la persecución política que habían sufrido desde meses atrás. Gabriela Rivadeneira, quien aseguró que fue vetada por el gobierno ecuatoriano para contender para las elecciones de 2021, y que había sido blanco de amenazas, persecuciones y difamaciones, fue la primera en solicitar el resguardo de la Embajada de México. Dos días después presentaron su solicitud los assembleístas Soledad Buendía y Carlos Viteri, lo mismo que el abogado alternativo Luis Fernando Molina y los cónyuges de Gabriela Rivadeneira (Luis Flores), de Soledad Buendía (Edwin Jarrín) y de Carlos Viteri (Tania Pauker).⁴ Todos afirmaban haber sido víctimas de la “desinstitucio-

² Comunicado No. 353 de la Secretaría de Relaciones Exteriores, “México expresa su preocupación por los graves sucesos en Ecuador”, 9 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-expresa-su-preocupacion-por-los-graves-sucesos-que-ocurren-en-ecuador>.

³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos acusó de “situaciones de violencia y represión alarmantes” a las registradas durante las protestas en Ecuador —que iniciaron el 3 de octubre— por las medidas de austeridad económica adoptadas por el gobierno de Lenin Moreno, que incluían la eliminación del subsidio a los combustibles.

⁴ “Qué derechos otorga México a los assembleístas asilados de Ecuador”, *El Universo*, 11 de enero de 2020, disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/01/10/nota/7684827/asilo-diplomatico-asambleistas-mexico-ecuador>; “México otorga asilo político a assembleístas ecuatorianos, Carolina Rivera”, *Milenio*, 9 de enero de 2020, disponible en: <https://www.milenio.com/politica/mexico-dara-asilo-politico-asambleistas-ecuador>.

nalización” del Estado y de la judicialización de la política, así como de la falta de reconocimiento del derecho de los partidos políticos a la oposición. Habían sido amenazados y perseguidos. Ninguno tenía un proceso judicial en su contra ni había evidencia que probara que, efectivamente, eran culpables de lo que se les acusaba.

El 16 de octubre de 2019 un grupo de unos 100 ecuatorianos denominados “Ciudadanos por la Patria” llevó a cabo una protesta pacífica frente a la Embajada de México en Quito para exigir que las personas ecuatorianas que ingresaron a la Embajada no recibieran el asilo político del gobierno mexicano.⁵ Entre gritos de “cárcel para terroristas, corruptos y golpistas”, un representante de la embajada de México en Ecuador solicitó a los manifestantes que presentaran por escrito sus planteamientos y éstos fueron transmitidos a las instancias mexicanas competentes.

Es importante señalar que no existe un procedimiento universal para la concesión del asilo. El procedimiento se ha derivado de la práctica regional y los aspectos generales contenidos en los instrumentos convencionales regionales. Los instrumentos invocados por parte de las siete personas ecuatorianas para solicitar el asilo político a México fueron, en primera instancia, la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que señala que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Asimismo, el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. El artículo 5o. de la Convención sobre Asilo Diplomático y Convención sobre Asilo Territorial de 1954 aclara que “el asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre

⁵ “Protestan en Embajada de México por asilo a «golpistas» en Ecuador”, *El Sol de México*, 16 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mundo/protestan-en-embajada-de-mexico-por-asilo-a-golpistas-en-ecuador-4326740.html>.

su vida, su libertad o su integridad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado”. De igual modo, indica que corresponde al Estado que otorga el asilo la calificación y el otorgamiento del mismo, y que ningún Estado está obligado a entregar a otro o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos políticos.

El país que concede el asilo, en este caso México, se responsabiliza en las consecuencias de la decisión de conceder el asilo, que implica mantenerlos en un estado de dignidad humana. Durante el tiempo que las siete personas permanecieron resguardadas en la Embajada de México se les proporcionó alimento, protección y lo estrictamente necesario, permitiéndoles visitas de sus familiares y amigos, y, ante todo, resguardando su integridad física.

Otras normativas a las que aludieron los asilados fueron la Convención sobre Asilo Territorial (1967): “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno. Le corresponde al Estado que otorga el asilo la calificación y el otorgamiento del mismo”.

A su vez, el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 se refiere al derecho de circulación y de residencia: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los Convenios Internacionales”.

Finalmente, el artículo 60. de la Convención sobre el Asilo y Refugio Político de Montevideo (1939): “el agente diplomático que concedió el asilo podrá exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona”.

En México, la reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada el 10 de junio de 2011 incorporó, en el artículo 11, un segundo párrafo que dispone: “En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”.⁶ La legislación aplicable al asilo en México incluye la Ley de Migración, la

⁶ Lineamientos para atender solicitudes de asilo y refugio, Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 2016, disponibles en: <https://extranet.sre.gob.mx/images/stories/asilo/asi2016.pdf>.

Ley del Servicio Exterior Mexicano y la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político de México. La Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría de Gobernación se encargan, de manera conjunta, de atender y dar seguimiento a los casos de asilos y refugiados.⁷

Según la Ley de sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político de México, el artículo 61 señala que podrá solicitar asilo político “todo extranjero que encuentre en peligro su vida, su libertad o seguridad por ideas o actividades políticas directamente relacionadas con su perfil público, y carezca de la protección de su país”. Mientras que el artículo 54 señala que “la Secretaría de Relaciones Exteriores adoptará las medidas necesarias para brindar asistencia institucional y auxiliar a los refugiados para facilitar su integración en el país”. Y el artículo 55 indica que esta cartera de Estado

...podrá establecer convenios de coordinación con dependencias y entidades federales y locales, para que los solicitantes que se encuentren en estado de particular vulnerabilidad puedan recibir apoyos para atender sus necesidades inmediatas. Asimismo, podrá establecer mecanismos de colaboración con organizaciones de la sociedad civil y todas aquellas instituciones que puedan otorgar atención directa a solicitantes y refugiados.

El canciller mexicano, Marcelo Ebrard, y su homólogo ecuatoriano se reunieron en la Ciudad de México previo a la ceremonia por el inicio de la

⁷ A la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde orientar a los solicitantes de asilo y asilados sobre sus derechos y obligaciones, llevar un registro actualizado de los solicitantes de asilo y asilados y resolver sobre el retiro y la renuncia de asilo. Por su parte, a la Secretaría de Gobernación le compete, de manera conjunta con la Secretaría de Relaciones Exteriores, promover y coordinar acciones públicas, estrategias y programas orientados a la protección y asistencia de asilados; promover soluciones a la problemática que enfrentan los asilados durante su estancia en territorio nacional; formular, coordinar, dar seguimiento, evaluar y difundir criterios y programas encaminados a la atención de asilados; establecer las bases y los procedimientos de coordinación entre las dependencias y entidades de los tres órdenes de gobierno, que participen en la atención a asilados; atender a los asilados con pleno respeto a sus derechos humanos; adoptar las medidas a su alcance para que los asilados no sean objeto de discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social o económica, o cualquiera otra que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de sus derechos, y adoptar todas las medidas necesarias para brindar asistencia institucional a los asilados.

presidencia *pro tempore* de México en la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELA). La reunión trató los aspectos más importantes de la relación bilateral, de acuerdo con un *tuit* de la Embajada ecuatoriana en México que no reveló más detalles.

Cabe hacer mención, brevemente, de la simultaneidad de los hechos que, en diciembre de 2019, el gobierno mexicano denunció: el asedio de su Embajada en Bolivia para que entregara a la justicia boliviana a nueve ex funcionarios cercanos al ex presidente Evo Morales, resguardados en la Embajada. Además, la embajadora Teresa Mercado fue declarada *persona non grata* y tuvo que abandonar Bolivia. En el caso de Ecuador la historia fue distinta y la relación bilateral no fue afectada a nivel político, probablemente debido a las negociaciones que estaban teniendo lugar para el Tratado de Libre Comercio México-Ecuador y al apoyo que México ha brindado a Ecuador para convertirse en miembro de pleno derecho de la Alianza del Pacífico. Aparte de que “entre 2000 y 2018, México fue el país que más inversión extranjera inyectó en Ecuador con más de 1,550 millones de dólares”.

Aproximadamente un mes después de que los siete ecuatorianos ingresaron a la Embajada de México, se obtuvo la autorización por parte del gobierno mexicano para su ingreso a territorio nacional con el estatus de personas asiladas políticas. Citando el artículo 12 de la Convención sobre Asilo Diplomático, una vez que se otorga el asilo “el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias [...] y el correspondiente salvoconducto”. Además enfatiza que “la situación jurídica de la persona asilada no puede quedar en el limbo o prolongarse indefinidamente”, por lo que se obliga en la Convención Americana de Derechos Humanos “la salida de los asilados hacia territorio extranjero, en el entendido de que la protección es por un tiempo estrictamente indispensable”.⁸ No obstante lo anterior, el gobierno ecuatoriano demoró casi dos meses en otorgar las facilidades de salida del país de las siete personas asiladas y sus respectivos hijos menores de edad. La CIDH tuvo conocimiento de la protección y resguardo que el gobierno de México otorgó a los ecuatorianos y recomendó a Ecuador entregar los respectivos salvoconductos para que así pudieran

⁸ Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC25-18.

ejercer su derecho humano a obtener asilo y refugio y se preservaran sus respectivos núcleos familiares.⁹

El 9 de enero de 2019, 86 días después de haber ingresado a la Embajada, finalmente volaron a México en un vuelo comercial las personas ecuatorianas, junto con sus cónyuges e hijos menores de edad, con apoyo del personal de la Embajada de México.¹⁰ La Secretaría de Relaciones Exteriores de México publicó un comunicado señalando:

...en apego a la tradicional diplomacia y política de protección internacional, concedió asilo político a siete nacionales ecuatorianos [...] El Gobierno de México reconoce el respeto y la observancia (cumplimiento) al derecho internacional en materia de asilo que ha dado el Estado del Ecuador y agradece la institucionalidad de las autoridades de ese país durante todo el proceso. Asimismo, México reitera su compromiso con el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su afinidad política. Finalmente, México aprovecha la oportunidad para destacar el excelente estado de las relaciones con el gobierno y el pueblo ecuatoriano, lo que redundará en beneficio de ambas naciones hermanas.¹¹

El entonces canciller ecuatoriano, José Valencia, justificó la salida del país de los asambleístas y sus familiares

...como muestra de respeto del marco jurídico internacional, evitando alimentar la narrativa de la persecución política a la que habitualmente se aferran los funcionarios o altos cargos del Gobierno anterior que enfrentan a la justicia, ya sea por las protestas de octubre o por casos de corrupción [...] El Gobierno está seguro

⁹ “Vence el plazo para que el Estado informe a la CIDH sobre situación de correístas en la embajada de México”, *El Universo*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/01/07/nota/7679637/cidh-asambleistas-correistas-embajada-mexico-gabriela-rivadeneira>; comunicado de prensa de la CIDH, “CIDH presenta observaciones de su visita a Ecuador”, 14 de enero de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>.

¹⁰ Camhaji, Elías, “México da asilo a cuatro opositores ecuatorianos”, *El País*, 9 de enero de 2020, disponible en: https://elpais.com/internacional/2020/01/09/america/1578591378_177456.html.

¹¹ Comunicado de la Secretaría de Relaciones Exteriores No. 14, “Nacionales ecuatorianos asilados viajan a México”, 9 de enero de 2020, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/nacionales-ecuatorianos-asilados-viajan-a-mexico>.

de que la conspiración para atentar contra la democracia y los hechos violentos de octubre serán esclarecidos por la justicia y que sus responsables serán sancionados siguiendo el debido proceso. Al mismo tiempo, siguiendo la línea de respeto a los instrumentos internacionales que han mantenido el Gobierno del presidente Lenín Moreno, esta semana comunicó a la Embajada de México que se brindarían las facilidades necesarias para que estos ciudadanos salgan del Ecuador [...] Esto evidencia una vez más, como reconoce la ciudadanía y la comunidad internacional, que detrás del discurso de persecución política está un interés político de un sector que busca la impunidad ante los delitos por los que muchos son hoy procesados por órganos judiciales independientes. Hoy Ecuador regresó al orden democrático y respeta plenamente el ordenamiento jurídico nacional y sus responsabilidades derivadas del derecho internacional...¹²

Cabe señalar que una veintena de militantes correístas, que ocuparon altos cargos en ese gobierno, han salido de Ecuador en los últimos tres años, la mayoría tras haber sido procesados o investigados en casos de corrupción o por irregularidades en la administración pública; 10 de ellos se han asilado en México.¹³

El otorgamiento del asilo diplomático a los siete ecuatorianos y sus hijos por parte de México fue un acto pacífico y humanitario, y como tal, conforme a la Declaración sobre el Asilo Territorial, no puede ser considerado inamistoso por el Estado ecuatoriano. México hizo uso de su absoluta libertad para otorgar asilo y admitir en “su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno”, igualmente, conforme a la Convención sobre Asilo Territorial. Asimismo, el asilo no fue sugerido o estimulado; se otorgó con independencia del hecho de que se tratara de opositores al régimen de

¹² Video con el mensaje del canciller ecuatoriano, José Valencia, en “Gabriela Rivadeneira y asambleístas correístas salen a México tras refugiarse más de 86 días en Embajada en Quito”, *El Comercio*, 9 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/asambleistas-correistas-embajada-viaje-mexico.html>.

¹³ Además de los siete que se refieren en el presente artículo, se encuentran el ex canciller Ricardo Patiño, el ex secretario de Senecyt, René Ramírez, y Carlos Ochoa, ex superintendente de Comunicación. En Estados Unidos se encuentran asilados Rommy Vallejo, ex secretario de Inteligencia; Pedro Delgado, ex presidente del Banco Central, y el ex contralor, Carlos Pólit. En Perú se encuentra el ex ministro Ramiro González, y hay cinco ex funcionarios de gobierno cuya confirmación de lugar de residencia no se ha confirmado.

Lenín Moreno, por lo que no constituyó una intervención en los asuntos internos de otros Estados. La posición del gobierno mexicano fue haber procedido por razones humanitarias y de acuerdo con el derecho internacional, su marco jurídico interno y en congruencia con su tradición diplomática de apoyo y protección a los perseguidos políticos en el mundo.

El protocolo modificatorio al T-MEC. Su recepción en derecho interno

Manuel Becerra Ramírez*

El 30 de noviembre de 2018 se firmó el Tratado México, Estados Unidos, Canadá (T-MEC, o USMCA por sus siglas en inglés —United States-Mexico-Canada Agreement—), nombre que fue propuesto por el expresidente de Estados Unidos, Donald Trump. El tratado que sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El T-MEC presenta características que sin duda son interesantes para el estudio de los tratados internacionales. También es notable la adopción de un protocolo de modificaciones a éste, que se gesta en la discusión en el seno del Poder Legislativo estadounidense, y al que nos referiremos en este comentario, haciendo hincapié en su recepción en la legislación mexicana.

En forma inusual a la práctica común de negociación de un tratado, después de que el T-MEC fue firmado por los tres países, y cuando fue sometido a su aprobación en el Congreso estadounidense, surgió la presión de los legisladores del Partido Demócrata para modificarlo. Por lo cual, *de facto*, se abrió su discusión, cuando ya estaba el proceso muy adelantado: negociado, firmado y enviado a los órganos de control legislativo interno correspondientes. Aunque en realidad no se abrió a la negociación, pues los cambios propuestos por el Poder Legislativo estadounidense fueron aceptados sin cambios por Canadá y México, aunque sí tuvieron que ser pasados por el órgano legislativo interno para su aprobación.

Esta necesidad de cambios dentro del Legislativo estadounidense no fue nueva. Recordemos que en el caso del TLCAN se firmaron lo que se llama-

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>, manuelbramirez5@hotmail.com.

ron cartas paralelas,¹ que en la práctica eran modificaciones a dicho tratado, aunque con una dudosa legalidad, ya que esas cartas paralelas no fueron firmadas por los autorizados en el derecho de los tratados, ni siquiera pasaron por los órganos legislativos de México. Además, hay que decirlo, ante la afirmación de que estas cartas paralelas puedan ser consideradas como parte del derecho consuetudinario, esta es una práctica que solo se conoce en Estados Unidos, por lo que no crea costumbre internacional.

Ahora bien, derivado del proceso de aprobación del T-MEC, dentro del Congreso estadounidense surgió una modificación antes de entrar en vigor, ya que no se había ratificado por los tres Estados parte. Por tanto, tenemos dos fenómenos: 1) la modificación de un tratado que todavía no entraba en vigor, y 2) que se realiza una modificación sin que sea resultado de una negociación, como normalmente sucede con los tratados internacionales.²

El asunto trascendente para nuestro tema es que el protocolo realiza modificaciones a varias partes del Tratado, en lo que se refiere a las normas de propiedad intelectual (PI), y en forma más concreta, a los farmacéuticos. Los temas que se modificaron fueron varios, aquí nos interesa detenernos en uno que seguro podría causar un problema de carácter binacional.

En materia de patentes, de acuerdo con el protocolo, se suprime el párrafo que se refería a las patentes de nuevo uso,³ que es lo que se conoce también como “reverdecimiento”. Con esto ya no se permiten las patentes de segundos usos.

Ahora bien, el reconocimiento de las patentes de segundo uso es bastante polémico, pues de alguna manera significa una prolongación del plazo de la

¹ Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 1, pp. 12-164.

² En realidad, el protocolo no fue una propuesta ni de Canadá ni de México, fueron exigencias del representante de comercio y algunos miembros del Congreso de los EE UU. “The U.S. Trade Representative (USTR) and some Members of Congress negotiated proposed changes to the USMCA to address ongoing congressional concerns. USTR then negotiated the amendments with USMCA parties”. “USMCA: Amendment and Key Changes”, *Congressional Research Service*, 2020, disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11391>.

³ El párrafo suprimido del artículo 20:36 es: “Sujeto a los párrafos 3 y 4 y de conformidad con el párrafo 1, cada Parte confirma que las patentes están disponibles para invenciones que se reivindicuen como al menos uno de los siguientes: nuevos usos de un producto conocido, nuevos métodos de usar un producto conocido, o nuevos procedimientos de uso de un producto conocido”.

vigencia del monopolio patentario, pues es volver a contar el plazo de vigencia de las patentes, indebidamente, pues no se puede decir que una patente es nueva cuando ya se otorgó para una invención farmacéutica y de pronto se descubre que tiene un uso diferente al original.

Técnicamente se puede decir que este tipo de patentes no son nuevas, pues carecen de novedad, no tiene un mérito inventivo; lo nuevo es, quizá, el descubrimiento de otro resultado en el organismo, no el producto.⁴

Ciertamente, quienes promueven este tipo de patentes secundarias son las grandes empresas trasnacionales de origen estadounidenses, pues ni México ni Canadá abogaron por que se incluyeran, sin embargo, fueron removidas del T-MEC, precisamente por el poderoso cabildeo que realizó el partido Demócrata en el Legislativo estadounidense. En efecto, ni los negociadores canadienses ni los estadounidenses querían las patentes de segundo uso, fundamentalmente por el impacto que se produce al acceso de la población a los fármacos, aparte de que viola el derecho humano a la salud, es impopular para todo gobierno los precios tan altos de los medicamentos de patente.

Por eso, llama la atención el caso de México que al adoptar su Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPI) el 1 de julio de 2020, haya incluido en su legislación las patentes de segundo uso, incluso en violación del Protocolo Modificadorio del T-MEC.

Artículo 45. Para los efectos del presente Capítulo se entenderá por:

I. Nuevo, todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica. No se excluirá de la patentabilidad a cualquier sustancia, compuesto o composición comprendida en el estado de la técnica, *siempre y cuando su utilización sea nueva* (el énfasis añadido es mío).

Esta postura del legislador mexicano, a todas luces violatoria del Protocolo Modificadorio del T-MEC, también es violatoria de la Constitución, que en su artículo 1o. contiene un bloque constitucional de derechos humanos, en el que se encuentra el derecho a la salud.

⁴ Minutti Pérez, Karla, "Patentes de segundo uso en el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica", en Pérez Miranda, Rafael y Becerra Ramírez, Manuel (coords.), *En la frontera de la propiedad intelectual*, México, UAM Azcapotzalco, 2019, pp. 301-308.

Reseñas

ORTEGA HERNÁNDEZ, Rolando Joaquín, *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2020, pp. 588.

Los conflictos son consustanciales a las relaciones humanas. Los intereses de carácter adverso, antagónico, pero también la diversidad de opiniones, en un sentido amplio, han sido un elemento inherente a la evolución humana en distintos ámbitos. Dentro de estos últimos podemos, sin ánimo agotador, referirnos a la economía, la religión o la política. Los conflictos son parte del día a día. Y en todo caso, deben resolverse de manera pacífica. Como es sabido, desde que los individuos nacen tienen la facultad de elegir, de poder tomar sus decisiones; en definitiva, gozan de libre elección —lo que ha dado en denominarse libre albedrío—.

Pero las relaciones humanas, por definición, son complejas y se suscitan conflictos de distinta índole y alcance. Cuando las partes no están de acuerdo y las diferencias son palpables, suelen manifestarse expresiones como, entre otras: “nos veremos en los tribunales de justicia” o “el asunto está en manos de mis abogados”. Asistimos a lo que podría calificarse de una judicialización de la sociedad. En cualquier caso, los procesos judiciales no están exentos de desventajas y deben ser meditados. Dentro de las mismas podemos, entre otras, destacar el desgaste económico y emocional, la prolongación en el tiempo de los procesos judiciales y su elevado coste —salvo que se tenga el beneficio de la justicia gratuita—. Como dice el popular refrán latino, y probablemente no le falte razón, “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”. En efecto, en los juicios generalmente existe una parte vencedora y otra perdedora, mientras que en los acuerdos o pactos entre las partes se plantea una negociación en la que pueden ganar ambas partes y evitarse desventajas propias de los procesos judiciales.

El libro que es objeto de reseña constituye una obra de referencia en materia de instrumentos de resolución de conflictos por medios virtuales. Se trata, como seguidamente veremos, de la aplicación de las nuevas tecnologías a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC). El manual se estructura en seis capítulos claramente individualizados que pasaremos a analizar.

El primero de ellos se refiere a los diversos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que imperan tanto en el mundo físico como en el digital. Como el propio autor señala, se incluye el estado del arte relativo a los ADR y ODR. Se aborda su justificación, antecedentes y posibles definiciones. Después se hace alusión al marco normativo —español y comunitario— para, a continuación, referirse a las ventajas de los ODR. Dentro de estas últimas menciona, entre otras, las siguientes: su rapidez y el reducido coste, el control y su flexibilidad, la ausencia de formalismos, la especialización y la falta de conflictos de jurisdicción territoriales y conflictos culturales. Como acertadamente dispone el autor, citando a Katsh, “los ODR no aparecen por generación espontánea, dado que se deben al desarrollo del espacio ubicuo y descontextualizado del territorio físico”. Finaliza el capítulo con las diversas formas de autocomposición procesal (negociación, negociación por medios digitales, conciliación y mediación y la mediación electrónica) y de heterocomposición procesal.

Quizá podría haberse hecho alusión, en esta parte de la obra, al potencial que, en toda esta materia, está desarrollando la inteligencia artificial. Su relevancia ha sido contrastada, por poner un ejemplo, en el caso de Hong Kong, donde pymes y empresas de cierto tamaño recurren a plataformas que hacen uso de la misma.

El segundo capítulo, intitulado “Arbitraje por medios electrónicos”, versa sobre los efectos de la tecnología en los instrumentos de resolución que más tradición jurisdiccional ostentan. Como señala el autor, el arbitraje presenta influencias significativas en la confección de otros mecanismos alternativos de resolución de litigios de influjo arbitral. En este sentido, trata el concepto, las diversas teorías que imperan respecto a su naturaleza jurídica (teoría privatista pura, teoría publicista jurisdiccional, teoría conciliadora y la teoría autónoma) y distintas clasificaciones que pueden realizarse en torno al arbitraje. Igualmente, aborda el convenio arbitral por medios electrónicos, su seguridad, las cualidades del laudo arbitral electrónico y la intervención judicial en esta moda. El capítulo termina con el estudio de dos sugerentes arbitrajes en línea: Netcase y ECAF, del centro de arbitraje y mediación de la OMPI. En relación con esta materia, podría haberse incluido, de manera independiente, un apartado en el que se abordara el arbitraje susceptible de emplearse en las criptomonedas.

Así, en Bitcoin los usuarios generan lo que se denomina *multi signature address*. En virtud del mismo, los dos sujetos que efectúan una transacción

pueden emplear este instrumento con el objetivo de almacenar monedas hasta que se realicen, de manera íntegra, los deberes que se derivan de la transacción. Las dos partes recibirán una clave digital y, en el supuesto de que no se planteara litigio alguno, podrían recurrir a las dos llaves con la finalidad de proceder al desbloqueo de la criptomoneda, permitiendo que llegue exitosamente a su destino —generalmente la dirección del vendedor—. Si hubiera alguna controversia, ninguna de las partes podría tener acceso a las monedas de manera independiente, si bien cabría la posibilidad de que pudieran pedir a un árbitro que revisara las particularidades del caso y se pronunciara al respecto. Este árbitro recibiría una tercera clave, que prevalecería sobre las claves que tienen cada una de las partes. En virtud de este procedimiento, las partes recurren a un arbitraje que, como vemos, no requiere la intermediación del Estado ni de los tribunales de justicia de ningún Estado. Además de Bitcoin, existen otras criptomonedas, como Ethereum, que, respecto a los *smart contracts*, recurre, asimismo, al arbitraje para resolver las diferencias planteadas en los denominados contratos inteligentes. También, en esta línea, podrían haberse tratado algunas de las plataformas más sugerentes al respecto, como Smart Arbitration & Mediation Blockchain Application.

Por su parte, el capítulo siguiente —tercero— se detiene en el examen de los conflictos B2C que se plantean entre empresas y consumidores. Gran parte de su contenido se encuentra vinculado con el comercio electrónico. El presente capítulo parte del análisis de la tutela de los consumidores en una triple faceta (constitucional, material y procesal). Una parte significativa de este apartado alude al arbitraje de consumo y a su aplicación por medios digitales. Por lo que se refiere al análisis de los litigios, que se suscitan en el comercio B2C, tras estudiar el problema de la confianza, se detiene en la labor que, en este escenario, desempeñan los mecanismos de autorregulación, lo cual merece una perspectiva de análisis muy positiva, pues no siempre se abordan en los estudios de índole doctrinal. En este último sentido, se centra en tres aspectos: los códigos de conducta como instrumentos de autodisciplina, su inobservancia como acto de competencia desleal y su incumplimiento dentro de un sello de confianza. Se refiere al examen del arbitraje de consumo electrónico y al análisis de diversas experiencias de ODR implementadas en materia de comercio electrónico. En este aspecto, se abordan los casos de Confianza On-Line, ECODIR, la Red EJE y, por último, la Red Europea de Centros de consumo.

Por sus particularidades y potencial hubiera resultado oportuno, por un lado, incluir la labor de algunas entidades regionales, como la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía. De hecho, ésta última ha sido acreditada como entidad de resolución alternativa de litigios en el área del consumo —tanto en el plano nacional como frente a la Unión Europea—. Por otra parte, si bien el capítulo se dedica a los conflictos respecto a consumidores, podría haberse aludido, aunque sea de manera somera, a las diferencias que se plantean respecto al ámbito B2B. Resultan especialmente sugerentes los mercados B2B que se dirigen, de forma preferente, a las pequeñas y medianas empresas. Cabe la posibilidad, en este sentido, de diseñar y poner en práctica plataformas que relacionen a pymes y empresarios con compradores de distintos lugares del mundo.

La mediación electrónica, en general, y la electrónica —con especial detalle del procedimiento simplificado—, en particular, es objeto de análisis en el capítulo siguiente. Con gran amplitud, dicho apartado comienza con una serie de consideraciones generales relativas a la mediación como instrumento de acceso a la tutela judicial efectiva. A continuación, alude a la mediación civil y mercantil y su evolución jurídica hasta la transposición de la Directiva comunitaria 2008/52, en virtud de la Ley española 5/2012 de mediación. Seguidamente, efectúa una serie de apreciaciones relativas al concepto y a los modelos y técnicas de mediación. Lista y analiza los principios de la mediación con singular destreza: voluntariedad y libre disposición, igualdad e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. Aunque el enfoque y contenido del presente capítulo es realmente muy sugerente, podría haberse hecho alusión, entre otros aspectos, a la herramienta *Rechtwijzer 2.0*, que representa una plataforma holandesa paradigmática en el ámbito de la mediación electrónica. Ésta última va más allá del consumo propiamente dicho, pues alcanza a la vivienda o la separación entre convivientes.

El capítulo quinto trata, con una perspectiva muy original, el procedimiento de resolución de litigios en materia de signos distintivos y nombres de dominio en Internet, que no es arbitraje ni mediación. El mismo comienza con el significado del sistema de nombres de dominio. Posteriormente, se centra en los conflictos que se plantean entre los signos distintivos y los nombres de dominio (ciberpiratería). Dedicar una atención especial a la política uniforme de resolución de disputas de ICANN, refiriéndose, a este respecto, a: sus orígenes y organización, naturaleza jurídica, condiciones

de aplicación y el procedimiento que ha de seguirse. También, de manera positiva, el autor alude al sistema de gestión y resolución de conflictos por el registro de nombres de dominio bajo la modalidad “.es” y del dominio “.eu”. Del mismo modo, analiza la propuesta de la Ley Modelo sobre ODR efectuada por parte de Estados Unidos, la cual constituye una ley de arbitraje de carácter obligatorio.

El último capítulo incluye los avances legislativos protagonizados en materia de resolución de conflictos en línea en el plano mundial y europeo. Además, incluye sugerentes propuestas sobre hacia qué dirección deben avanzar las modificaciones que se efectúen. Resultan muy acertadas las consideraciones que, en esta línea, se refieren al Jurado de la Publicidad y las apreciaciones acerca de las similitudes y notas distintivas que el mismo autor presenta respecto al arbitraje.

El Jurado de la Publicidad es una entidad de resolución alternativa de litigios. Tal reconocimiento se logró después de acreditar el cumplimiento de un conjunto de principios establecidos en la Ley española 7/2017, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, a saber: independencia, transparencia, imparcialidad, eficacia, rapidez y, finalmente, equidad. Es un órgano, referente en la resolución extrajudicial de conflictos, caracterizado por su independencia e imparcialidad, que lleva funcionando exitosamente desde 1996. Desde su creación ha dado solución a más de 4,000 resoluciones planteadas en un plazo medio de unas dos semanas —en primera instancia y en, aproximadamente, un mes, si la resolución fuera materia de recurso—. Es, asimismo, la primera entidad privada que fue objeto de acreditación por la Dirección General de Consumo de España. Además, está presente en el listado de entidades acreditadas de la Unión Europea, así como en la plataforma comunitaria de resolución de litigios en línea. También cabe señalar que es parte de la Red EJE de la Comisión Europea, ya que cumple con los criterios de la Recomendación 98/257. Las resoluciones que este órgano ejemplar dicte, en materia publicitaria, son de obligada observancia para las empresas que son socias de Autocontrol. También lo son para aquellas entidades que, sin estar adheridas a Autocontrol, acepten su legitimidad de manera voluntaria. Este aspecto no ha impedido que, con base a la libertad de expresión, el Jurado se pronuncie frente a terceros no adheridos al sistema.

Ahora bien, podría haberse tratado el hecho de la situación que se suscita cuando el Jurado se refiere a terceros no adheridos que incluso han recha-

zando la legitimidad del sistema. En este sentido podría haberse distinguido si las resoluciones frente a terceros no adheridos tienen lugar con base a la libertad de expresión —que tiene reconocimiento constitucional— del Jurado o, por el contrario, se efectúan con base a comportamientos de competencia desleal que, por consiguiente, podrían ser sancionados por los tribunales de justicia.

Repárese en la credibilidad de la que goza Autocontrol en materia publicitaria y, según este último postulado, los efectos que podría tener sobre la empresa afectada, en materia de reputación corporativa, por la resolución —que podría publicitarse— del Jurado. Asimismo, habría sido oportuno que el autor hubiera analizado el grado de similitud de la normativa legal que presentan los códigos de conducta sobre los que se apoya Autocontrol de la Publicidad. No debe olvidarse que la razón de ser de los códigos de conducta son las mejoras que los mismos implementan a favor del consumidor y sobre a la legislación aprobada. Mientras más similares sean a la legislación —existen algunos prácticamente idénticos—, menos mejoras incluirán a favor del generalmente contratante más débil de la relación jurídica, que no es sino el consumidor y/o usuario.

También deben destacarse las interesantes valoraciones que el autor formula respecto a la necesidad de implementar un sistema global transfronterizo para el comercio electrónico B2C. Compartimos plenamente la necesidad de crear confianza en el comercio B2C en virtud de un código de conducta de carácter internacional, para lo cual, como bien señala el autor, deben eliminarse los obstáculos que impiden la puesta en práctica de tal sistema. Nótese que esta experiencia ya se hizo en algún caso con un éxito limitado, como en el de Euro-Label en el ámbito comunitario, aunque sólo tenía vigencia en determinados países (Alemania, Austria, Polonia, Italia, Francia y España). Igualmente, deben implementarse sistemas arbitrales transfronterizos, y la Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio Uniformes (UDRP) de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por sus siglas en inglés) ha de ser un paradigma.

Asimismo, si bien no son objeto de análisis en la obra, existen mecanismos de autorregulación en materia de comercio electrónico, radicados en América Latina, que hubiera sido interesante abordar, pues están realizando labores muy plausibles en la materia. Dentro de ellos podríamos citar, entre otros, el caso de AMIPCI, relativo a México. Cabe indicar que en 2019 se aprobó la Norma Mexicana de comercio electrónico, que constituye un

elenco de recomendaciones —por consiguiente voluntarias— dirigidas a empresas que buscan integrar el comercio electrónico en sus estrategias comerciales. Estas buenas prácticas se fomentaron por el gobierno de México, junto con la Asociación de Internet y la Asociación de Ventas Online.

La última parte de la obra examina la Directiva 2013/11, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo; el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, y la Ley 7/2017, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que transpone al ordenamiento español la Directiva comunitaria 2013/11. Todo este conjunto de normas busca fomentar la solución alternativa de litigios entre prestadores de servicios y consumidores.

En definitiva, deben evitarse los conflictos directos, las hostilidades, las confrontaciones, y dar paso al diálogo, a la crítica y a las negociaciones para, de esta manera, generar un debate en el que se pongan de relieve los argumentos de cada una de las partes. A todo ello contribuyen los diversos mecanismos que en la presente reseña hemos puesto de manifiesto.

David López Jiménez*

RESEÑAS

* EAE Business School, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7013-9556>, dlopez@eae.es.

MEJÍA-KAISER, Martha, *The Geostationary Ring: Practice and Law*, Leiden-Boston, Brill/Nijhoff, 2020, 482 pp., *Studies in Space Law*, vol. 16.

Durante la Guerra Fría, y en paralelo a la carrera armamentista entre la Unión Soviética y los Estados Unidos, se desarrolló la carrera espacial, iniciándose con el lanzamiento soviético del Sputnik en 1957 y seguido por Estados Unidos cuatro años más tarde. Así comenzó a gestarse el derecho espacial como el más nuevo campo del derecho internacional y en el que los conceptos más tradicionales del mismo ya no aplicaban. La punta de lanza de esta nueva regulación fuera de nuestro planeta lo constituye el Tratado de 1967, en el que se prohíbe la apropiación del espacio cósmico, la luna y otros cuerpos celestes, declarándolos como patrimonio común de la humanidad. Figura ésta que, posteriormente, fue exportada al derecho del mar.

La temática del derecho espacial es apasionante y de suyo es una materia multidisciplinaria. No sólo es una importante rama del derecho internacional, sino que también se relaciona con otros campos jurídicos, como el derecho ambiental y el desarme, así como con otras disciplinas como la astronomía, la geofísica, la meteorología y las telecomunicaciones, entre otras.

La bibliografía sobre este tema es principalmente anglosajona y muy escasa en nuestra lengua. De igual modo, son contadas las publicaciones latinoamericanas, y aun mexicanas, sobre derecho espacial. La doctora Mejía-Kaiser, miembro del Comité de Directores del International Institute of Space Law, cuenta con un amplio *expertise* en esta materia, desarrollado desde sus primeros trabajos de pregrado hasta sus estudios de maestría y doctorado. Por ello, la oportunidad que nos brinda la autora con su obra sobre la práctica y derecho en el anillo geostacionario es única no sólo porque nos adentra en los contenidos indispensables del derecho espacial, sino porque aborda complicadas cuestiones técnicas en torno a la tecnología y operación satelital sobre la línea ecuatorial.

El libro en comento consta de 10 capítulos y cuatro anexos. Comienza por la definición de la órbita geostacionaria y continúa con el repaso de los conceptos básicos del derecho espacial y de los tratados espaciales. Ahí mismo hace particular énfasis en las cuestiones de responsabilidad generada por las actividades espaciales. Resulta de especial interés el estudio que

realiza acerca de los reclamos de soberanía sobre el anillo geoestacionario y refiere principalmente los casos de Colombia y Ecuador, mismos que, en oposición a los instrumentos internacionales, reclaman soberanía, e incluso han legislado domésticamente al respecto. Como señala la autora, los servicios satelitales recibidos por estos países se yuxtaponen con los operadores de otros Estados en los segmentos geoestacionarios reclamados.

El abordaje técnico de la autora, sin descuidar los aspectos jurídicos, conduce a su explicación detallada sobre las frecuencias electromagnéticas y el tráfico espacial en el anillo geoestacionario sobre los que se presentan irregularidades como “satélites fantasmas” e interferencia dañina intencional. Al mismo tiempo, propone la armonización del movimiento de los objetos espaciales y recomienda la adopción de estándares mínimos para la gestión de tráfico en esta zona. La contaminación no se encuentra ausente en el anillo geoestacionario, y como tema de preocupación, la doctora Mejía-Kaiser señala la problemática generada por los residuos provocados por las actividades ahí desarrolladas y propone diversas medidas de control y supervisión.

La mayor aportación doctrinal del trabajo radica en su análisis sobre la renuencia de los Estados a aceptar nuevas obligaciones internacionales en sus actividades espaciales adicionales a las contenidas en los cinco tratados espaciales clásicos. En este sentido, resalta la práctica de los Estados y de la *opinio iuris* dirigidas a la creación de nuevas normas de derecho consuetudinario para reorbitar los satélites geoestacionarios hacia “satélites cementerio” como medidas de mitigación de la contaminación producida en la zona antes de que sea inutilizable. En este rubro resaltan sus consideraciones sobre el reciclamiento de los objetos espaciales y la responsabilidad sobre los servicios de reorbitamiento y rescate. Asimismo, propone un modelo de mercado para la remoción espacial.

Otro aspecto de suma actualidad es el relativo a las actividades cibernéticas no autorizadas, como el acceso a los sistemas computacionales espaciales y a la carga útil (conjunto de datos que constituyen un mensaje enviado), así como el ejercicio no autorizado de otras actividades conforme al derecho de las telecomunicaciones. Por cuanto a su visión futurística, se refiere a otros usos espaciales como fuentes de energía: espejos espaciales, elevadores espaciales y otros.

En sus conclusiones finales la autora adelanta algunas líneas de investigación, donde destacan las relativas al financiamiento de las actividades de

reorbitamiento satelital, los contratos sobre descontaminación y pólizas de seguro y el cumplimiento de la iniciativa privada con las legislaciones nacionales sobre mitigación de los residuos espaciales de Estados Unidos, Francia, Canadá y el Reino Unido.

Por último, en un valioso anexo, la doctora Mejía-Kaiser nos presenta una propuesta de Convención Internacional para la Remoción de Residuos Espaciales Peligrosos, misma que ya había sido publicada previamente por la casa editora Elsevier. Se trata de un breve pero puntual instrumento de 12 artículos en los que establece los principios sobre los que debe basarse esta actividad, así como los sujetos involucrados y los mecanismos a utilizarse. Todo ello no sin antes definir los conceptos fundamentales y los ámbitos de validez de la convención, y rematando con las reglas sobre responsabilidad de los propietarios y operadores bajo un esquema de seguridad financiera con base en pólizas y garantías bancarias como cobertura para la responsabilidad implicada.

Ha sido un privilegio reseñar la citada obra, misma que, sin duda, deber ocupar un lugar preferente en nuestras bibliotecas de derecho internacional. A mi parecer, sólo agregaría la necesidad de un apartado, así fuera breve, de la posición de México respecto a estos temas y el estado de nuestras telecomunicaciones satelitales. En este sentido, sería importante saber si el Estado mexicano cuenta con políticas públicas y legislación pertinentes.

Juan Manuel **Portilla Gómez***

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0005-8467>, jmport@catlan.unam.mx.

SALINAS ALCEGA, Sergio, *Desplazamiento ambiental y derecho internacional. Consideraciones en torno a la necesidad de un marco regulatorio no exclusivo*, España, Tirant lo Blanch, 2020.

Actualmente, los impactos adversos del cambio climático constituyen una de las variables que impulsan movimientos poblacionales internos y transfronterizos, pues éstos se manifiestan como una respuesta a los cambios ambientales y sus efectos en los medios de sustento, en la salud, en la disponibilidad de agua potable, entre otros, afectando a la vida y su calidad. Al respecto, la comunidad internacional reconoce que la degradación ambiental y los fenómenos naturales extremos pueden provocar el desplazamiento de poblaciones vulnerables a una escala que, hoy en día, no se puede prevenir ni afrontar de una manera eficaz, cuyos movimientos, a su vez, ocasionarán impactos ambientales y socioeconómicos, además de los de carácter cultural y político.

En este contexto, la protección del desplazamiento por causas ambientales, incluido por el cambio climático, constituye un gran desafío desde la perspectiva jurídica, lo cual, en parte, se debe a que el fenómeno migratorio es multicausal y, por lo tanto, genera dificultad para detectar y cuantificar de manera exacta los desplazamientos que sean motivados exclusivamente por causas ambientales o climáticas, ya que éstas, a su vez, se vinculan con otros factores: sociales, económicos y políticos. No obstante, resulta relevante considerar hasta qué punto hoy en día los efectos adversos del cambio climático mueven todo ese entramado multicausal con carácter principal, condicionando la forma y las condiciones de vida, así como el lugar en donde vivir.

Independientemente de lo anterior, lo innegable es que nos enfrentamos a un fenómeno migratorio creciente y de gran importancia que debe ser atendido por los Estados y la comunidad internacional, sobre todo ante el hecho de que este tipo de desplazamiento poblacional no es considerado en el actual derecho migratorio, por lo que requiere de manera urgente mecanismos de protección, especialmente en el ámbito del derecho internacional, con el objetivo de superar los vacíos normativos y las insuficiencias jurídicas para proteger a quienes se ven obligados a huir de sus hogares por

causas ambientales y cruzan fronteras internacionales sin estar definido su estatus jurídico.

Al respecto, el libro que se reseña, mediante la aplicación de una metodología precisa y coherente, comienza con un interesante análisis para identificar y definir el objeto regulado: los desplazados ambientales, cuya conceptualización incluye diversos planos, desde el puramente terminológico hasta el relativo a la concreción cualitativa y el impacto cuantitativo de esa nueva realidad, que una vez concretada conceptualmente, el autor nos conduce al estudio de la respuesta desde el derecho internacional en tres áreas primordiales y estrechamente vinculadas: migración, derechos humanos y cambio climático, enfatizando en cada ámbito regulatorio sus límites e insuficiencias.

En este sentido, con rigor académico, el autor lleva a cabo un análisis completo de los obstáculos técnicos y políticos respecto a la inclusión del desplazamiento ambiental en el marco jurídico internacional de protección de los refugiados; en materia de derechos humanos, examina las presencias y ausencias en los tratados en cuanto a los derechos que deberían reconocerse a los desplazados ambientales; en el ámbito del derecho internacional de lucha contra el cambio climático, identifica y analiza la movilidad humana como una medida de adaptación. Asimismo, en la condición de respuestas limitadas, el autor refuerza su análisis crítico con los instrumentos complementarios de protección que ofrece el derecho de los refugiados; tal es el caso de los mecanismos de protección temporal; a su vez, destaca el papel que al respecto puede jugar el derecho de la Unión Europea.

Ante las insuficiencias jurídicas detectadas y la enorme complejidad que supone la protección de los desplazados ambientales, el autor analiza las vías alternas en la regulación internacional ponderando ventajas e inconvenientes, y toma en consideración todos los factores que influyen en esta cuestión, tanto de técnica jurídica como los de carácter ético o de naturaleza política. Aunado a lo anterior, el autor, mediante un enfoque realista y pragmático, destaca el vínculo de la dimensión normativa con la institucional y financiera para el establecimiento de la gobernanza internacional del desplazamiento ambiental, un elemento sin duda relevante, pero de enorme complejidad.

En este contexto, el gran aporte de este libro, además de ofrecer al lector un análisis riguroso y crítico, radica en que invita al debate, a la reflexión y a la diversidad de opiniones, teniendo presente la premisa de la efectividad y asumiendo que no hay soluciones únicas o definitivas, que las posturas son

diversas y que los factores en juego son múltiples. Sin embargo, es clara la necesidad de mecanismos de reacción desde el ámbito del derecho internacional ante una crisis humanitaria inevitable, lo cual el autor deja perfectamente claro en el desarrollo de su vasta investigación, que enriquece la discusión sobre un tema cada vez más debatido en la academia y en la praxis internacional.

El desplazamiento ambiental como objeto de estudio es controversial y complejo, por lo que el autor tiene el doble mérito: primero, por afrontarlo académicamente, y, segundo, por su contribución al dar propuestas de solución, las cuales son profundas y propiamente fundamentadas, contribuyendo además con este estudio a la doctrina en lengua española, la cual sobre este tema es escasa hasta este momento.

Rosalía **Ibarra Sarlat***

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6210-8530>, ribarra@unam.mx.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2020, 171 pp.

La jurista Zlata Drnas con su conocimiento integral del derecho nos hace llegar en esta oportunidad una contribución de doctrina jurídica en estado puro, un ámbito frecuentado en el derecho internacional por su proximidad con la teoría del derecho. Es un aporte conciso en su dimensión y al mismo tiempo profundo y amplio en su proyección al condensar las variadas concepciones doctrinarias que conviven en la actualidad en esta disciplina jurídica.

Este libro constituye, por esa razón, una notable contribución al conocimiento de un número insospechado de reflexiones sobre los fundamentos no sólo normativos, sino también políticos y sociológicos del derecho internacional.

El libro que ha elaborado la profesora Drnas, si bien se enuncia como una investigación sobre las concepciones doctrinarias del derecho internacional, tiene una visión que lo trasciende al situarse en la divergencia de los presupuestos científicos desde los cuales el derecho internacional adquiere su esencia normativa y se interroga sobre su propia validez. Es por eso que, como se explica la autora en los muy relevantes “Aspectos introductorios”, se requiere identificar el concepto de “paradigma ideológico” para abordar las concepciones del derecho internacional, conceptualizando que, mientras la ideología contiene una visión idealizada que no puede existir como tal, el paradigma es el proceso de investigación que pretende demostrar su validez. Esta conjunción delimita, metodológicamente, la clasificación de los paradigmas en: normativos, por una parte, y orientados a la política y a la sociología por la otra.

Los “Paradigmas normativos” se orientan, a su vez, hacia dos concepciones, una de ellas es la particularista, que requiere una sociedad homogénea para que pueda existir un orden público internacional; y otra orientada hacia el universalismo, que no sólo considera innecesario el supuesto de un objetivo común, sino que entiende que la ausencia total de conflictos no es deseable porque limitaría los cambios sociales. Por otra parte, algunos autores encuentran una división dual universal que anida en la política nacional y se

traslada desde allí a la comunidad internacional. En esos escenarios opuestos se inserta el sistema jurídico de la comunidad internacional que, invocando el poder de síntesis de Phillip Allot, es un orden normativo que provee “el mínimo necesario” para que esa comunidad de Estados pueda actuar como un sistema cerrado interno.

Una nueva etapa se inaugura con la Carta de las Naciones Unidas, que inscribe a la comunidad internacional en el constitucionalismo internacional basado en un ideal de convivencia que acepta principios universales comunes. La profesora Drnas analiza a partir de allí las diferentes teorías del constitucionalismo internacional y global, el derecho administrativo global, el pluralismo global, el pluralismo interpretativo, el progresismo transnacional, el pluralismo radical; analizando las escuelas racionalistas y agnósticas, las corrientes de la dogmática jurídica y las de las doctrinas de la sociología jurídica (pp. 18-22). Se debe destacar el abrumador material consultado por la autora, incluido en las precisas y numerosas referencias que son, en sí mismas, una valiosa guía para profundizar en cada uno de los temas expuestos.

A partir de allí, la profesora Drnas desarrolla la parte más extensa de la obra, dedicada a los paradigmas normativos, que describen el constitucionalismo en general, el constitucionalismo internacional, el constitucionalismo global y el derecho administrativo global. El constitucionalismo internacional tiene antecedentes destacados en Verdross y en Lauterpacht, autores que perciben un orden universal orientado a la paz y la justicia, representado en la actualidad por el sistema de las Naciones Unidas, que se consolida en esta visión compartida por la Corte Internacional de Justicia, a la que se adhieren, entre otros, Bruno Simma y Bardo Fassbender con sus propios matices. El constitucionalismo internacional se aproxima al derecho concibiéndolo como un orden jurídico integral. El constitucionalismo global, por su parte, distingue algunos ámbitos, que por abordar problemas globales podría denominarse “dominio jurídico global”, influenciado por los medios digitales, en el que se ubican, como ejemplo, el comercio internacional y los derechos de los pueblos indígenas, pero que, como consigna Anne Peters, erosiona finalmente el principio de soberanía. Este derecho compartimentado llevaría a la fragmentación del derecho internacional, aproximación debatida sobre la que ha reflexionado la Comisión de Derecho Internacional. Como bien destaca la autora, estos enfoques, si bien son actuales, reconocen antecedentes conceptuales en autores precursores como George Scelle. Sobre esta línea

conceptual el Instituto Max Planck, de Heidelberg, lleva adelante el proyecto “Global Constitutionalism and Global Governance”, dirigido por Anne Peters, al que se agregan otras iniciativas, como la que se interroga sobre el derecho del futuro y la que analiza el derecho público o administrativo global, derivado de organizaciones internacionales u organizaciones híbridas, pero que cumplen funciones públicas, como la que establece las normas ISO (Organización Internacional de Normalización).

A continuación, se describen los “Paradigmas orientados a la política y a la sociología” entre los que se ubica el pluralismo jurídico global, que describe la interacción de normas jurídicas compartidas por distintos órdenes jurídicos y diferentes jurisdicciones nacionales, aplicadas a su vez por tribunales nacionales y transnacionales. El pluralismo superaría al constitucionalismo (Nico Krisch) en una realidad en la que diferentes subórdenes legales actúan de manera conjunta. Se describen luego algunas de las “Corrientes orientadas predominantemente a la política”, en las que el derecho es un proceso y no un producto. Se toman de ellas dos líneas de pensamiento destacadas, a saber, la Escuela de Yale (Escuela de New Haven), que concibe al derecho internacional como derecho transnacional (Jessup). La jurisprudencia es esencial, en esta perspectiva, como interpretación del derecho y como evolución hacia un sistema jurídico óptimo, con la finalidad de dar solución a situaciones políticas evolutivas, como lo enuncian sus principales autores, entre otros, Myres S. McDougal y Michael Reisman. También, la Escuela de Harvard comparte la idea del derecho como un proceso y no como un conjunto de normas orientada al pragmatismo, con Wolfgang Friedmann, David Kennedy y Thomas Franck entre sus expositores destacados.

Por último, la autora nos guía por las “Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología”, entre las que se encuentra el pluralismo interpretativo (*Judicial Law Making*), que coloca a la interpretación judicial en un protagonismo creativo y la lleva a analizar de manera lúcida diferentes aspectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no hay uniformidad de criterios para diferenciar en una sentencia si la interpretación que realiza el tribunal tiene el carácter de esclarecer una norma creada o de crear una nueva. Esta disyuntiva ha sido calificada como “activismo judicial” y ha recibido críticas, como las enunciadas por Von Bogdandy, quien cuestiona la legitimidad de los tribunales internacionales.

La profesora Drnas nos acerca a las concepciones del progresismo transnacional, también reconocido como pluralismo radical, contrario a la persis-

tencia de las actuales instituciones internacionales, que deberían ser reemplazadas por otras dedicadas a la defensa de los bienes comunes, los derechos de los pueblos indígenas o la lucha contra las desigualdades. La corriente de pensamiento identificada como *Critical Legal Studies*, por su parte, se sitúa como una incorporación al derecho de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, considerándolo un instrumento de la clase dominante, vinculada al deconstructivismo de Jacques Derrida. Es una corriente activa en algunas universidades de Estados Unidos que adopta el enfoque posmoderno del derecho internacional, y cuestiona sus fuentes tradicionales. Por último, la voluntad de explorar concepciones actuales del derecho internacional que nos propone la profesora Zlata Drnas culminará con el abordaje del constitucionalismo global orgánico, que comparte la orientación del pluralismo radical sociológico y se aleja, por tanto, del constitucionalismo.

Esta publicación nos proporciona un panorama general de las corrientes de la doctrina internacional actual y nos brinda además el placer de hacerlo mediante una prosa refinada y precisa que resalta la calidad de su contenido. Bienvenido este aporte científico que enriquecerá a todos aquéllos interesados en el estudio, la enseñanza, la aplicación y la investigación de una disciplina jurídica que va más allá de la perspectiva normativa para insertarse en el ámbito multidisciplinario de las relaciones internacionales, la política internacional y la sociología. Sin ninguna duda es una lectura no sólo recomendable, sino necesaria (consulta libre disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>).

Lilian del Castillo de Laborde*

* Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.

In Memoriam

Sergio E. González Gálvez (1934-2020)

El embajador emérito Sergio Ernesto González Gálvez nació en Toluca, el 11 de julio de 1934, y falleció en la Ciudad de México, el 27 de marzo de 2020. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), cursó estudios de posgrado en Derecho Norteamericano y Derecho Internacional en la Universidad de Georgetown. Recibió el Doctorado Honoris Causa por la UANL.

Ingresó al Servicio Exterior Mexicano (SEM) mediante examen de oposición en 1960, alcanzando el rango de embajador en 1975, de embajador eminente en 1987 y de embajador emérito en 1998. Estuvo adscrito a la representación de México ante la Conferencia de Desarme en Ginebra, y en las embajadas de México en Brasil y Japón, país este último en el que fue embajador en dos ocasiones. También se desempeñó como embajador concurrente en la República de Corea y Vietnam. Fue miembro del Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro.

En la cancillería se desempeñó como director general y director en jefe para Organismos Internacionales, consultor jurídico y subsecretario de Relaciones Exteriores en dos ocasiones. Fue asesor del secretario de la Defensa Nacional y titular de la Unidad de Asuntos Internacionales y Ciudades Hermanas del Ayuntamiento de Toluca.

En la academia, fue profesor en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Universidad Autónoma del Estado de México, la Universidad Anáhuac, la Escuela Superior de Guerra, el Colegio de Defensa y la Universidad de las Naciones Unidas con sede en Tokio. Fue conferencista en varias instituciones de México y del extranjero y en sesiones externas de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Es autor de varios textos sobre derecho y política internacional, entre ellos: *Controles al uso de ciertas armas convencionales en el derecho internacional*;

La estructura del nuevo derecho internacional; Ignacio L. Vallarta. Reflexiones sobre la soberanía nacional; La Corte Penal Internacional; El uso de armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios: tres temas básicos del derecho internacional humanitario; La reconstrucción de la política exterior de México: principios, ámbitos, acciones, y Diplomacia e interés nacional: una experiencia personal.

Como uno de los mayores expertos en el multilateralismo dentro de la cancillería, González Gálvez participó durante medio siglo en algunos de los más importantes eventos de negociación y codificación del derecho internacional en las organizaciones interestatales, como la OEA y la ONU. A nivel regional, colaboró estrechamente con el embajador García Robles en la negociación del Tratado de Tlatelolco sobre la proscripción de las armas nucleares en América Latina. En la ONU, durante un cuarto de siglo, ocupó la silla de la delegación de México en la Comisión Jurídica de la Asamblea General. Presidió tanto la VII Reunión del Comité Especial de las Naciones Unidas para el estudio de los principios de derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados como el Comité Especial sobre la Definición de la Agresión; actuó, asimismo, como vicepresidente de la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados. Tuvo una activa participación en la negociación de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y presidió la delegación mexicana a la Conferencia que aprobó el Tratado de Roma sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Actuó como agente de México ante la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la utilización de las armas nucleares.

En 1973 ocurrió un hecho inusual en los anales de las organizaciones internacionales: presidiendo la Comisión Jurídica de la Asamblea General para la que había sido electo, González Gálvez otorgó la palabra al embajador Jorge Castañeda y Álvarez de la Rosa, quien en su carácter de presidente de la Comisión de Derecho Internacional presentaba su informe.

El embajador González Gálvez solía comentar con sencillez que llegó a la Comisión Jurídica de la Asamblea General cargando el portafolio del embajador Jorge Castañeda, tal y como este último hizo lo propio con el portafolio de Luis Padilla Nervo.

El embajador emérito Sergio Ernesto González Gálvez, quien sumó a una sólida formación jurídica su notable habilidad negociadora, fue un diplomático excepcional que sirvió a los mejores intereses de la nación.

José Humberto **Castro Villalobos***

IN MEMORIAM

* Miembro jubilado del Servicio Exterior Mexicano.

Rodolfo Cruz Miramontes (1931-2020)

El 26 de marzo de 2020 falleció en Ciudad de México el doctor Rodolfo Cruz Miramontes, fue miembro fundador del consejo editorial del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* y uno de sus colaboradores y asesores más comprometidos. Cruz Miramontes fue un jurista internacionalista excepcional, supo combinar de manera exitosa la academia (tanto como profesor como tratadista) con la práctica del derecho internacional. Como asesor participó en la negociación de varios tratados de libre comercio, experiencia que transmitió a sus alumnos y la dejó plasmada en sus importantes obras escritas, tanto en libros como en artículos. Fue un especialista en derecho plural internacional, sus trabajos escritos fueron pioneros en la materia; en derecho internacional fronterizo, aprovechando su afinidad con el estado de Chihuahua, donde vivió parte de su vida; también lo fue en arbitraje internacional, del cual fue un entusiasta defensor; y del comercio internacional, en el que se desempeñó como defensor apasionado de los intereses de México, país por el cual tenía un ejemplar y notable afecto.

Personalmente, creo que el doctor Cruz Miramontes fue un hombre afable, honesto, elegante; que rechazaba toda actitud arrogante, siempre dispuesto a compartir sus conocimientos con la juventud. Él decía: “la cátedra no es nada más la información que se da en un aula, sino es la posibilidad de comunicar conocimientos fuera del aula, la enseñanza que nunca se acaba, la enseñanza que cala”.

Manuel **Becerra Ramírez***

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>, manuelbramirez5@hotmail.com.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXI, 2021, p. 1015
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.