

Anuario Mexicano de Derecho Internacional



México, volumen XXII, 2022
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

Dra. María Marván Laborde

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, núm. XXII (enero-diciembre de 2022) 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 actij@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.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

Coordinación de editores de revistas: Efrén Chávez Hernández

Cuidado de la edición: Cristopher Raúl Martínez Santana, Rosa María González Olivares, Ricardo Hernández Montes de Oca, Isidro Saucedo, Edna María López García, Miguel López Ruiz

Apoyo editorial: Efrén Chávez Hernández e Ilayali G. Labrada Gutiérrez

Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas

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 Savid-Bas (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 Derivar 4.0 Internacional (CCBY-NC-ND 4.0)*.

Primera edición: 3 de junio de 2022

DR © 2022. 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 (versión impresa): 1870-4654

ISSN (versión electrónica): 2448-7872

CONTENIDO

DOCTRINA

- Afrontando jurídica, política y socioeconómicamente la migración de las poblaciones de peces en el atlántico norte debido al cambio climático 3
Ristead de Paor
- Um novo paradigma jurídico e epistemológico como resposta aos novos desafios apresentados pelo Antropoceno ao direito ambiental internacional 45
Flávia Alvim de Carvalho
José Luiz Quadros de Magalhães
- Medio ambiente y derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 71
Florabel Quispe Remón
- Treinta años de protección del derecho al medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: balance crítico de una jurisprudencia con luces y sombras 109
Daniel García San José
- ¿De verdad Francisco de Vitoria fue el padre del derecho internacional? 151
Pablo Antonio Fernández Sánchez
- La necesidad de un marco normativo postconflicto o *ius post bellum* para lograr la paz 195
Ilssy Macchia Valdés
Iliana Rodríguez Santibáñez

Estatuto de la persona que cae en poder del enemigo habiendo participado en el conflicto armado internacional, precisiones desde el derecho internacional humanitario	235
Paola Diana Reyes Parra	
Genealogía del régimen internacional de asilo: ¿control o protección?.	267
Elisa Ortega Velázquez	

COMENTARIOS

El problema de los derechos económicos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	315
Edison Joselito Naranjo Luzuriaga	
Diego Mauricio Bonilla Jurado	
El nuevo estatus jurídico del <i>ius cogens</i> , reflexiones en torno a los informes de la Comisión de Derecho Internacional	343
Víctor Manuel Rojas Amandi	
A obrigação de não-reconhecimento de um ato ilícito internacional no caso Palestina v. Estados Unidos da América na Corte Internacional de Justiça	391
Rodrigo Machado Franco	
Nuevos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿debe importarse el “derecho al olvido” de la Unión Europea?	431
Trilce Gabriela Valdivia Aguilar	
El rol de la defensa pública interamericana	477
Bruno Rodríguez Revegino	
Políticas económicas frente a Covid-19 desde la perspectiva de ¿un nuevo derecho internacional	509
Doris Teresita Mendoza López	

Private International Law Rules Regarding Personal Status in Colombia: a System in Need of an Overhaul	549
María Julia Ochoa Jiménez	
Jonathan Zapata Flórez	
Contribuciones de la diplomacia al desarme nuclear: ¿qué aportes brindará el Tratado para la Prohibición de las Armas Nucleares al desarme?	575
Carla Juárez Guraieb	
Liderazgo y participación de las mujeres en la política global . .	611
Saúl Mandujano Rubio	
Nayelly Stephany Castañeda Rayas	
Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería	647
Isaac Ravetllat Ballesté	

PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA

Entra en vigor el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, hecho en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018	681
Azucena Sahagún Segoviano	
Luis Gabriel Ferrer Ortega	
México nuevamente miembro no permanente del consejo de seguridad	687
Manuel Becerra Ramírez	
El “Acuerdo por el que se dan a conocer los lineamientos para la celebración de tratados”.	691
Manuel Becerra Ramírez	
El Estado de interdicción y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en México	695
Ilse Mariana Cruz Rojas	

RESEÑAS

- NEGRO Sandra (coord.) *Acuerdo Unión Europea-Mercosur. La comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, B. de F., 2019, 256 pp. 703
 Alejandra P. **Díaz**
- SALMÓN, Elizabeth (ed.), *Cambio climático y derechos humanos*, 2020, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, 319 pp. 707
 Félix **Reátegui**
- BECERRA, Manuel y ÁVALOS, Roxana, *Derecho de los Tratados, Teoría y Práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 255 pp. 713
 Sergio Ramiro **Peña-Neira**
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (dir.), *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Pamplona, Aranzadi, 2020, 486 pp. 719
 Juan Bautista **Cartes Rodríguez**
- MORÁN BLANCO, Sagrario, *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, 381 pp. 725
 Elena Carolina **Díaz Galán**
- KALMANOVITZ, Pablo, *The Laws of War in International Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 185 pp. 731
 Alejandro **RODILES**
- NACIONES UNIDAS (ed.), *Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future* (Setenta Años de la Comisión de Derecho Internacional: estableciendo un balance para el futuro) Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021, 474 pp. 737
 Evelyn **Téllez Carvajal**

ATILANO, Tania Ixchel, <i>International Criminal Law in Mexico. National Legislation, State Practice and Effective Implementation</i> , Berlin, Asser Press/Springer, 2021, 334 pp.	743
Miguel Ontiveros Alonso	
GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed.), <i>Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado</i> , México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, 249 pp.	747
María Nieves Alonso García	
David Carrizo Aguado	
LOZANO, Alberto y RODRÍGUEZ, Abelardo (coords.), <i>Seguridad y asuntos internacionales. Teorías-dimensiones-interdisciplinas-Las Américas-amenazas-regiones-política mundial</i> , México, AMEI-Siglo XXI Editores, 2020, 1117 pp.	755
Juan Carlos Velázquez Elizarrarás	

IN MEMORIAM

IN MEMORIAM, Profesor doctor Miguel González-Marcos	763
Sergio Peña-Neira	

Doctrina

**Afrontando jurídica, política
y socioeconómicamente la migración
de las poblaciones de peces en el Atlántico
Norte debido al cambio climático**

*Tackling Climate-Induced Migration of Fish
Populations in the North Atlantic from a Legal,
Political and Socio-Economic Perspective*

*Affronter juridiquement, politiquement
et socio-économiquement la migration en Atlantique
du Nord des stocks halieutiques induite
par le changement climatique*

Ristead de Paor*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Insuficiencia del marco económico-jurídico actual para afrontar adecuadamente la migración de peces a raíz del cambio climático.* III. *Disputas potenciales y necesidad de un nuevo instrumento para evitar, reducir, atenuar y/o dirimirlas desde un punto de vista jurídico, socioeconómico y político.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

* Abogado de arbitraje internacional con especialización en asuntos ambientales, España, risteaddepaor@gmail.com.

Artículo recibido el 7 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 3-43
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-BJV-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Debido al cambio climático se está produciendo una migración significativa de poblaciones de peces, y la normativa e instrumentos económico-jurídicos internacionales existentes no están adaptados para gestionarla. La gobernanza socioeconómica y normativa actual sobre el presente asunto es insuficiente en vista de los conflictos surgidos e indicios de disputas futuras. En aras de evitar, reducir, atenuar y/o dirimir controversias de este tipo, y preservar tanto las relaciones internacionales como las poblaciones de peces, se propone establecer un nuevo instrumento de pesca holístico bajo la CNUDM. El instrumento debería establecer los principios básicos que rigen la ordenación de la migración de peces inducida por el cambio climático desde una perspectiva socioeconómica y jurídica. Asimismo, cubriría tanto las zonas económicas exclusivas como alta mar.

En particular, debería fomentar una integración mayor e inmediata de avances científicos relevantes en la política pesquera; mayor flexibilidad en el reconocimiento e intercambio de derechos de pesca; un enfoque combinado ascendente y descendente de la ordenación pesquera; la creación de un comité mundial de supervisión (compuesto por miembros de la FAO, el ICES, la OCDE y, cuando se trata —indirectamente— de subsidios, la OMC, y el recurso a ITLOS y al arbitraje internacional para resolver disputas. El último concepto principal (cambios en las subvenciones a la industria pesquera para abordar la sobrecapacidad y la sobrepesca) se está abordando actualmente a nivel de la OMC a través de un proyecto de texto y debería tenerse en cuenta en el nuevo instrumento.

Palabras clave: cambio climático/calentamiento global; aumento de temperatura de los océanos; desplazamiento/migración de poblaciones de peces; derecho del mar; nuevo instrumento internacional de pesca; principio de precaución; arbitraje internacional.

ABSTRACT: Due to climate change, a significant migration of fish is taking place in respect of which current legal and economic norms and instruments are ill equipped to manage. Various disputes in the past, and a list of factors indicating that there shall be more such disputes in the future, underscore the inadequacy of socio-economic governance and legal norms on this issue. To avoid, reduce, mitigate and/or resolve future disputes of this nature, and thus preserve international relations as much as the relevant fish stocks, a new international, holistic fisheries instrument, adopted under UNCLOS, is needed. This instrument should set out basic principles governing the management of climate change-induced fish migration from a socio-economic and legal perspective. The new instrument would cover, to a varying degree, both exclusive economic zones and the high seas.

In particular, it should provide for increased and more immediate use of scientific findings in policy making; greater flexibility in the recognition and exchange of rights to fish; a combined bottom-up and top-down approach to fisheries management; and recourse to an international supervisory committee (composed of members from the FAO, ICES, the OECD and, where subsidies are [indirectly] involved, the WTO), ITLOS and to international arbitration to resolve disputes. The final main concept (changes to fishing industry subsidies to address overcapacity and overfishing) is currently being addressed at WTO level and should be taken into account in the new instrument.

Key words: climate change/global warming; rise in ocean temperatures; displacement/migration of fish stocks; law of the sea; new international fisheries agreement; precautionary principle; international arbitration.

RÉSUMÉ: En raison du changement climatique, il existe une migration importante des poissons pour laquelle les normes et outils juridiques et économiques actuels sont inadaptés. Divers différends dans le passé, et une liste de facteurs indiquant qu'il y aura une augmentation de tels différends à l'avenir, soulignent l'insuffisance de la gouvernance socio-économique et des normes juridiques sur cette question. Pour éviter, réduire, atténuer et/ou résoudre de futurs différends de cette nature, et ainsi préserver les relations internationales autant que les stocks halieutiques concernés, un nouvel instrument international holistique de pêche, adopté dans le cadre de la CNUDM, est nécessaire. Cet instrument devrait énoncer les principes de base régissant la gestion de la migration des poissons induite par le changement climatique d'un point de vue socio-économique et juridique. Le nouvel instrument couvrirait, à des degrés divers, à la fois les zones économiques exclusives et la haute mer.

En particulier, il devrait prévoir une utilisation accrue et plus immédiate des découvertes scientifiques dans l'élaboration des politiques; une plus grande flexibilité dans la reconnaissance et l'échange des droits de pêche; une approche combinée ascendante et descendante de la gestion de la pêche; et le recours à un comité de surveillance international (composé de membres de la FAO, du CIEM, de l'OCDE et, lorsque des subventions sont —indirectement— impliquées, de l'OMC), du TIDM et à l'arbitrage international pour régler les différends. Le dernier concept principal (les modifications des subventions à l'industrie de la pêche pour lutter contre la surcapacité et la surpêche) est actuellement traité au niveau de l'OMC et devrait être pris en compte dans le nouvel instrument.

Mots-clés: Changement climatique/réchauffement de la planète; hausse des températures océaniques; déplacement/migration des stocks de poissons; droit de la mer; nouvel accord international de pêche; principe de précaution; arbitrage international

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina entiende, casi unánimemente, que la migración es un fenómeno natural vinculado a la selección natural¹ y es una adaptación conductual para la supervivencia de las especies.² Pese a la invisibilidad relativa de la migración de peces y al contrario que muchos flujos migratorios,³ las poblaciones

¹ Todos los derechos reservados por el autor. Salvo indicación en contra, las páginas *web* han sido consultadas por última vez con fecha 15 de abril de 2021 y las traducciones del inglés o francés al español son propias.

Parsons, P. A., "Migration as a Factor in Natural Selection", *Genetica*, vol. 33, núm. 1, 1963, pp. 184-206, disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF01725761>.

² Zuñiga, D. *et al.*, "Migration Confers Winter Survival Benefits in a Partially Migratory Songbird", *eLife*, vol. 6, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.7554/eLife.28123.001>.

³ El biólogo marino inglés, Dr. John Shepherd, dice que "contar peces es como contar árboles, excepto que son invisibles y siguen moviéndose". Véase Thorson, J. T. y Minto, C., "Mixed Effects: A Unifying Framework for Statistical Modelling in Fisheries Biology", *ICES*

pecuarias se están desplazando por los océanos de manera inédita debido al calentamiento del agua por el calentamiento global.⁴ En el hemisferio norte, por ejemplo, los peces se desplazan hacia el ártico en búsqueda de aguas más frías, y no existe puerta ni muro alguno que pueda detenerlos. Dicho fenómeno continuará, aunque dejemos de emitir gases de efecto invernadero (GEI).

El océano proporciona alimentos para más de 3,000 millones de personas⁵ y casi 160 millones de empleos a lo largo de la cadena de valor, desde la captura hasta la distribución, por lo que el desplazamiento de este recurso es de vital importancia para un número elevado de personas.⁶ Hoy, los océanos se enfrentan a serias amenazas ambientales, cuyas consecuencias exactas se desconocen. Las más graves son la sobrepesca, la pérdida del hábitat de diversas especies, la contaminación (sobre todo costera), la introducción de especies invasoras y el cambio climático.⁷

Este artículo se centrará en el tema de la migración de peces y esta migración es particularmente interesante porque está provocada o agravada por, o contribuye a causar, los otros problemas ambientales más importantes en los océanos.⁸ El factor causal, el cambio climático, conlleva la introducción de especies invasoras,⁹ las cuales, animadas a desplazarse por

Journal of Marine Science, vol. 72, núm. 5, 2015, pp. 1245-1256, disponible en: <https://doi.org/10.1093/icesjms/fsu213>.

⁴ Véase el apartado II. 1. El presente artículo utiliza como sinónimos los siguientes términos: calentamiento global y cambio climático, migración (de peces) y desplazamiento(s) (de peces).

⁵ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2018-Meeting the Sustainable Development Goals*, Roma, p. 2.

⁶ Barange, M. et al. (eds), *Impacts of Climate Change on Fisheries and Aquaculture: Synthesis of Current Knowledge, Adaptation and Mitigation Options*, Technical Paper No. 627, Roma, FAO, 2018, p. 42.

⁷ Sands, P. y Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, 4a. ed., Cambridge University Press, 2018, p. 456, citando a UNEP y otra literatura; Von Schuckmann, K. et al., “Copernicus Marine Service Ocean State Report”, *Journal of Operational Oceanography*, núm. 4, 2020, DOI: [10.1080/1755876X.2020.1785097](https://doi.org/10.1080/1755876X.2020.1785097).

⁸ Dukes, J. S. y Mooney, H. A., “Does Global Change Increase the Success of Biological Invaders?”, *Trends in Ecology & Evolution*, vol. 14, núm. 4, 1999, pp. 135-138, nota 257. Véase también el Preámbulo de la Convención sobre el Derecho del Mar —que nos recuerda que “los problemas de los espacios marinos están estrechamente relacionados entre sí y han de considerarse en su conjunto”— y la disputa entre Noruega e Islandia que implicó la sobrepesca de caballa (ver apartado III.1).

⁹ Occhipinti-Ambrogio, A., “Marine Alien Species as an Aspect of Global Change”, *Advances in Oceanography and Limnology*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 199-218. DOI: [10.1080/19475721003743876](https://doi.org/10.1080/19475721003743876).

el calentamiento de sus hábitats, pueden a su vez menoscabar la riqueza y diversidad de sus hábitats nuevos¹⁰ y verse afectadas por la contaminación y la sobrepesca.¹¹

En cuanto a la sobrepesca, cabe mencionar que la gestión pesquera es distinta en función de la ubicación geográfica. Cuando los peces se desplazan existe el riesgo de sobrepesca en: i) la parte frontal de la población migrante por parte de pescadores no sometidos a reglas de captura, y ii) el borde posterior de la población migrante por pescadores tradicionales que no ven incentivos a largo plazo para capturar de forma sostenible una población que están perdiendo.¹² La posible desaparición de dichas poblaciones por tendencias pesqueras es evidenciada por indicios de que está disminuyendo más la captura de poblaciones transfronterizas que la de poblaciones no transfronterizas.¹³

Los principales marcos normativos entienden que las cuestiones relacionadas con el mar pueden desestabilizar la paz y la migración antropogénica de peces, esto es, por naturaleza, conflictivo.¹⁴ El potencial de desgaste en las relaciones entre Estados se ve confirmado por diversos conflictos lega-

¹⁰ *Ibidem*, p. 209.

¹¹ *Ibidem*, p. 206; Brander, K. M., “Global Fish Production and Climate Change”, “Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America”, 104, 2007, pp. 19709-19714.

¹² Oremus, K. L. *et al.*, “Governance Challenges for Tropical Nations Losing Fish Species Due to Climate Change”, *Nature Sustainability*, vol. 3, núm. 4, 2020, pp. 277-280, DOI:10.1038/s41893-020-0476; Ojea, E. *et al.*, “Fisheries Regulatory Regimes and Resilience to Climate Change”, *Ambio*, vol. 46, núm. 4, 2017, pp. 407 y 408. DOI:10.1007/s13280-016-0850-12.

¹³ Palacios-Abrantes, *et al.*, “The Transboundary Nature of the World’s Exploited Marine Species”, *Scientific Reports*, vol. 10, núm. 17668, 2020. DOI: 10.1038/s41598-020-74644-2.

¹⁴ Por ejemplo, el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CNUDM, o UNCLOS por sus siglas en inglés, en vigor desde 1994) dice que los Estados parte estaban inspirados “por el deseo de solucionar con espíritu de comprensión y cooperación mutuas todas las cuestiones relativas al derecho del mar y conscientes del significado histórico de esta Convención como contribución importante al mantenimiento de la paz y la justicia y al progreso para todos los pueblos del mundo”. De igual manera, el Preámbulo del Acuerdo de 1995 de las Naciones Unidas sobre la aplicación de las disposiciones de la CNUDM relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias (el APP en vigor desde 2001) establece que su razón de ser es, además de lograr los objetivos de la Convención, “contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”.

les, diplomáticos y hasta incidentes militares sobre disputas pesqueras. También ha sido reconocido por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), quienes subrayaron, en 2018, la probabilidad de conflictos por desacuerdos sobre asignaciones de cuotas pesqueras dentro y entre países, creando disputas de derecho internacional público e interno.¹⁵ La problemática de los derechos de pesca en el cierre de las negociaciones Brexit es otro ejemplo reciente.¹⁶ Como veremos a continuación, hay motivos para anticipar más controversias aún.

Puesto que no se puede mitigar el calentamiento global de manera significativa en el sector pesquero —y tampoco el desplazamiento de peces— la única opción es adaptarse a sus efectos. Anticipar cómo dichos efectos se pueden evitar, reducir y dirimir se inscribe en este esfuerzo de adaptación de individuos, comunidades, sectores, sistemas sociales, regiones y Estados al desplazamiento. El presente artículo se centrará en los sistemas jurídico y social y, en menor medida, en el sistema socioeconómico y político (en el sentido de *'policy making'*) dado su estrecho vínculo con toda solución jurídica, tal y como es reconocido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.¹⁷

Asimismo, el artículo se enfocará en la adaptación de la región del Atlántico Norte como está definida por las zonas convencionales de cuatro organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP) incluidas en las zonas pesqueras FAO 21 y 27. Estas OROP comprenden: la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (NAFO por sus siglas en inglés), la Comisión de Pesquerías del Atlántico Nordeste (NEAFC), la Organización para la Conservación del Salmón del Atlántico Norte (NASCO) y la parte de la zona convencional ubicada en el Atlántico Norte de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (ICCAT).

¹⁵ Portner, H. O. *et al.* (eds.), *Summary for Policymakers, IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 2019, p. 26, párrafo B.8.1, y Barange, M., *op. cit.* nota 7, pp. iv y 617.

¹⁶ Ventura, V., *El Brexit se enreda en la pesca: ¿por qué es uno de los principales obstáculos para un acuerdo?*, *El Economista*, 14 de diciembre de 2020.

¹⁷ Luhmann, N., *Law as a Social System*, traducido del alemán por Ziegert, K., Kastner, F. *et al.*, *Oxford Socio-Legal Studies*, 2008. El Preámbulo de la CNUDM reza, en partes relevantes, que se destina a fortalecer “la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todas las naciones, de conformidad con los principios de la justicia y la igualdad de derechos, y promoverán el progreso económico y social de todos los pueblos del mundo”.

Desafortunadamente, pese la plétora de normas en el ámbito marino, existe una laguna normativa relativa al desplazamiento y, en particular, en relación con el establecimiento de cuotas. La regulación pesquera zonal es insuficiente para hacer frente a poblaciones que ignoran la división geográfica de origen humano. La CNUDM, columna vertebral del derecho internacional del mar, desarrolla los derechos soberanos sobre diferentes zonas del mar e introduce algunos principios y deberes fundamentales de conservación marina. No obstante, existen lagunas y asuntos abordados de manera ambigua, por ejemplo, la conservación de especies marinas y ecosistemas en alta mar, en parte porque cuando se acordó la CNUDM, el océano y el clima no estaban en tan mal estado.¹⁸ En 1992, antes de la CNUDM, el Programa 21 ya reconocía la necesidad de adoptar “nuevos enfoques para el manejo y desarrollo de áreas marinas y costeras... que están integrados en el contenido y son precautorios y anticipatorios en el ámbito”.¹⁹

Desde entonces se han celebrado múltiples reuniones internacionales, acuerdos, iniciativas regionales y decisiones de organismos internacionales de adjudicación que han contribuido al desarrollo normativo de la protección del medio y recursos marinos, incorporando principios tales como el enfoque ecosistémico y el uso de mejores prácticas ambientales.²⁰ En 1995 se concluyó el Acuerdo sobre las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias (APP), lo cual detalla el principio de precaución en el ámbito de la conservación pesquera, pero al igual que en el caso de CNUDM, no había nada explícito sobre el desplazamiento de tipo climático.

En 2012 la cumbre de Río + 20 enfatizó la gestión de los recursos vivos marinos en el ámbito de la gestión de los océanos y exhortó a los Estados a mantener o restaurar las poblaciones a un nivel que pudiera producir el máximo rendimiento sostenible e implementar plenamente el APP. Nuevamente, la migración pasó desapercibida. En 2015 el uso sostenible de los

¹⁸ Bindoff, N. L. *et al.*, *Changing Ocean, Marine Ecosystems, and Dependent Communities*, IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, 2019, pp. 447-588. Además, Grip resalta que la CNUDM carece de medidas de cumplimiento con incentivos suficientes para que los actores estatales actúen colectivamente para la conservación de las especies marinas en general y las especies marinas migratorias en particular, Véase Grip, K., “International Marine Environmental Governance: A Review”, *Ambio*, vol. 46, 2017, pp. 413-427, DOI: [10.1007/s13280-016-0847-9](https://doi.org/10.1007/s13280-016-0847-9).

¹⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Programa 21, 1992, párrafo 17.1.

²⁰ Sands, P. y Peel, *op. cit.* p. 458.

océanos, los mares y los recursos marinos se convirtió en uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y ese mismo año, los Estados acordaron elaborar un instrumento internacional vinculante en el marco de la CNUDM sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (el instrumento sobre las zonas fuera de la jurisdicción nacional).²¹ Se prevé que este instrumento, que sigue en fases de negociación, abarcará la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de áreas fuera de la jurisdicción nacional, en particular, juntos y en su conjunto, los recursos genéticos marinos, incluidas cuestiones sobre la distribución de beneficios, medidas tales como herramientas de gestión basadas en áreas (incluidas las áreas marinas protegidas), evaluaciones de impacto ambiental y la creación de capacidad y transferencia de recursos de tecnología marina.²² Cabe destacar que nada en el instrumento se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y los deberes de los Estados bajo la CNUDM, y la medida en que se plantea abordar el tema de los efectos del cambio climático es mínima.²³ Más generalmente, un estudio reciente subraya la ausencia del tema de la migración climática de poblaciones en los 127 acuerdos de pesca bilaterales y multilaterales examinados.²⁴

En suma, existe una escasez normativa relativa a la adaptación al cambio climático en el ámbito pesquero²⁵ y a cómo hacer frente a los desplazamientos de las especies. Según Caddell: “[a] pesar de estas preocupaciones cada vez más apremiantes [refiriéndose al calentamiento de los océanos y cambios en la distribución de peces y pesquerías], los requisitos legales vigentes en el inicio de nuevas oportunidades de pesca hasta ahora han recibido

²¹ Resolución de la Asamblea General, A/RES/72/249, 19 de junio de 2015, pp. 2 y 3, párrafos 1 y 2, respectivamente. La cuarta sesión de trabajo de la conferencia intergubernamental encargada con su elaboración tendrá lugar en 2022. Véase ONU, Intergovernmental Conference on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction, disponible en: <https://www.un.org/bbnj/>.

²² Resolución de la Asamblea General, A/RES/69/292, 24 de diciembre de 2017, pp. 1 y 2, párrafo 2.

²³ En el Informe del Comité Preparatorio, establecido en virtud de la resolución 69/292 de la Asamblea General, sobre la elaboración del instrumento, la única referencia al cambio climático, bajo el título de principios y enfoques, es al fomento de la resiliencia ante los efectos del cambio climático. Véase A/AC. 287/2017/PC. 4/2, p. 9.

²⁴ Oremus, K. L. *et al.*, *op. cit.* p. 277.

²⁵ Barange, M., *op. cit.*, p. 543.

sorprendentemente poco análisis”.²⁶ La FAO subraya que el desplazamiento de las especies puede llevar al límite acuerdos internacionales en materia de pesca y presionar la gobernanza y regulación.²⁷ Un informe especial del IPCC de 2019²⁸ ha llegado a idéntica conclusión.

Dado que los problemas de migración no están contemplados en ningún acuerdo internacional de pesca, el autor propone pactar un nuevo instrumento internacional para abordarlo. Dicho acuerdo habrá de establecer principios básicos de gobernanza, pero dejando un margen de maniobra para permitir diferentes soluciones regulatorias según la región en cuestión. Se propone también entrelazar el instrumento y otras ramas del derecho internacional, como el derecho comercial internacional, porque los problemas oceánicos deben abordarse de manera integrada e incluir a sectores que afectan al océano.²⁹

Lo anterior es avalado por el hecho de que: *a)* si bien los acuerdos bilaterales existentes pueden ser suficientes para ciertas poblaciones (reducidas), no son viables para poblaciones ampliamente distribuidas y cambiantes;³⁰ *b)* ya existen acuerdos marco para la ordenación pesquera; *c)* es necesario para evitar las disputas descritas en la sección III debido a los problemas detallados en la sección 2.3, y *d)* el nuevo instrumento sobre las zonas fuera de la jurisdicción nacional debe abordar de manera muy limitada los efectos del cambio climático y, de todas formas, no afec-

²⁶ Caddell, R., “Precautionary Management and the Development of Future Fishing Opportunities: The International Regulation of New and Exploratory Fisheries”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, núm. 1, 2018, pp. 199-260, DOI: [10.1163/15718085-13310013](https://doi.org/10.1163/15718085-13310013), y Serdy, A., *The New Entrants Problem in International Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 4.

²⁷ Barange, M., *op. cit.*, p. iv; Pinsky, M. *et al.*, “Preparing ocean governance for species on the move”, *Science*, vol. 360, núm. 6394, 2018, pp. 1189-1191.

²⁸ Barange, M., *op. cit.*, p. 49, Portner, H. O. *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 16, párrafo A.8.1.

²⁹ GESAMP (IMO/FAO/UNESCO-IOC/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection) and Advisory Committee on Protection of the Sea, A Sea of Troubles, *GESAMP Reports and Studies*, Report No. 70, UNEP, 2001, p. 3.

³⁰ Gullestad *et al.*, “Management of transboundary and straddling fish stocks in the North-east Atlantic in view of climate-induced shifts in spatial distribution”, *Fish and Fisheries*, vol. 21, núm. 5, 2020, pp. 1018-1121. DOI:[10.1111/faf.12485](https://doi.org/10.1111/faf.12485). Los autores abogan, al mismo tiempo, por un conjunto integral de medidas de gestión que eventualmente vinculan a las partes. Se sugiere que un instrumento internacional en la forma propuesta será una encarnación idónea de este tipo de enfoque.

tará las zonas de jurisdicción nacional de donde proviene la mayoría de las capturas. De esta manera, nos encontramos en un momento oportuno para crear el nuevo instrumento que propone el autor, mientras que sea posible delimitar la aplicación de éste y del instrumento sobre las zonas fuera de la jurisdicción nacional y así evitar solapamientos e incoherencias. Los dos tendrían un punto fundamental en común: su interpretación y aplicación deberán enmarcarse en la CNUDM y ajustarse a ella, salvo disposición expresa en contrario. Esta “sumisión” reconoce la dificultad de acordar instrumentos internacionales en materia de derecho del mar, como fue evidente con las prolongadas negociaciones (1973-1982) que culminaron con la adopción de la CNUDM. Muchas entidades y expertos abogan por redactar acuerdos para lidiar con los efectos del cambio climático sobre la migración pesquera, pero no indican qué estructura o contenido deben tener, por lo que el presente artículo sentará las bases.³¹

El artículo se divide en dos secciones: la sección II aborda, en términos básicos científicos, el fenómeno de la migración de peces y, tras examinar la normativa aplicable, pone de manifiesto el carácter inadecuado de la misma. La sección III plantea ejemplos de disputas relacionadas con la migración y explica por qué este tipo de desacuerdos probablemente aumentará. Asimismo, propone las bases fundamentales del instrumento cuyo objetivo será evitar, reducir, atenuar y/o dirimir controversias de este tipo desde un punto de vista jurídico —principalmente—, socioeconómico y político.

II. INSUFICIENCIA DEL MARCO ECONÓMICO-JURÍDICO ACTUAL PARA AFRONTAR ADECUADAMENTE LA MIGRACIÓN DE PECES A RAÍZ DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. *Explicación científica básica de la migración de peces*

Como veremos a continuación, el océano ha sido afectado por el cambio climático de tres maneras principales y conlleva una migración de peces hacia latitudes más altas o bajas (en el hemisferio norte o sur, respectivamente) en busca de aguas más frías.

³¹ Por ejemplo Gaines, S. *et al.*, “The Expected Impacts of Climate Change on the Ocean Economy”, World Resources Institute, Washington, 2019, p. 14.

Temperatura. El calentamiento oceánico afecta, además del océano (sobre todo las aguas superficiales), a la Tierra.³² Sin embargo, aunque el océano generalmente reacciona de manera más gradual a los cambios de temperatura que la tierra, durante los últimos 50 años (1960-2009) las isoterms en la superficie del océano han migrado a tasas comparables o más rápidas que las isoterms sobre la tierra.³³

Debido a ello, los peces buscan aguas más frías y cambian su latitud o profundidad en la columna de agua.³⁴ Las temperaturas de la superficie del mar (TSM) en el Atlántico Norte han aumentado de 0,1°C a 0,5°C por década durante el siglo XX, y la tasa de calentamiento ha aumentado especialmente desde los años ochenta. Asimismo, se espera una subida de temperatura mundial de más de 3°C, sobre todo en el Atlántico-Ártico, en los próximos 50 a 100 años.³⁵

La cadena alimenticia. El fitoplancton es la base de toda la cadena alimenticia de los océanos. La clorofila del fitoplancton marino realiza la fotosíntesis tras el encuentro de la luz y el agua. La fotosíntesis crea carbohidratos y oxígeno, por tanto, el fitoplancton provee no sólo nutrición, sino también oxígeno. El problema es que la cantidad de carbohidratos producida por el fitoplancton no ha parado de disminuir desde la mitad del siglo XIX³⁶ y la concentración de clorofila por metro cúbico ha disminuido mucho desde los años ochenta.³⁷

Este fenómeno es de suma importancia por dos razones: la primera es que el plancton genera la mitad del oxígeno producido en el mundo y la disminución de oxígeno debido al calentamiento global puede afectar la distribución vertical y horizontal (y abundancia³⁸) de los peces.³⁹ La segunda es

³² Ramirez, F. *et al.*, *Climate impacts on global hot spots of marine biodiversity*, *Science Advances*, vol. 3, 2017, núm. 2, doi: [10.1126/sciadv.1601198](https://doi.org/10.1126/sciadv.1601198).

³³ Poloczanska, E. S. *et al.*, “Global imprint of climate change on marine life”, *Nature Climate Change*, vol. 3, núm. 10, 2013, pp. 919-925, DOI: [10.1038/NCLIMATE1958](https://doi.org/10.1038/NCLIMATE1958).

³⁴ Morley, J. W. *et al.*, “Projecting Shifts in Thermal Habitat for 686 Species on the North American Continental Shelf”, *PLoS ONE*, vol. 13, núm. 5, 2018, DOI: [10.1371/journal.pone.0196127](https://doi.org/10.1371/journal.pone.0196127).

³⁵ Barange, M., *op. cit.*, p. 91.

³⁶ Osman, M. B. *et al.*, “Industrial-Era Decline in Subarctic Atlantic Productivity”, *Nature*, vol. 569, 2019, pp. 551-555, disponible en: <https://www-nature-com.bucm.idm.oclc.org/articles/s41586-019-1181-8>.

³⁷ Ramirez, F. *et al.*, *op. cit.*

³⁸ Bindoff, N. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 503, sección 5.4.1.1.

³⁹ Barange, M., *op. cit.*, p. 7.

que los peces dependen del plancton para alimentarse. Se prevé que la producción primaria⁴⁰ en los océanos, y la biomasa de las especies marinas en el Atlántico Norte, disminuirán entre un 9% y un 29% para el año 2100.⁴¹ Además, ya existen cambios significativos en la distribución de zooplancton (alimento de los peces) en el Atlántico Nororiental, por lo que su potencial para provocar migraciones de peces es obvio.⁴²

Corrientes. El calentamiento global ya ha afectado a varias corrientes oceánicas, generando aceleraciones y desaceleraciones. Por ejemplo, la Circulación Atlántica Meridional de Retorno (Atlantic Meridional Overturning Circulation, en inglés) ha disminuido más de 30% desde los años noventa, y esta tendencia muy probablemente continuará durante el siglo XXI.⁴³ El derretimiento del hielo marino tiene el potencial de interrumpir o ralentizar la cinta transportadora oceánica mundial,⁴⁴ y estos cambios en las corrientes pueden afectar al desplazamiento de peces.⁴⁵

Aunque existen estudios dispares, se observa un desplazamiento medio de especies marinas de entre 13 y 85 kilómetros por década, dependiendo la profundidad, temperatura, oxígeno y corrientes,⁴⁶ y existe la fuerte convicción de que se producirán más migraciones y que la tasa de desplazamiento se disparará en las próximas décadas.⁴⁷ Según un estudio nortea-

⁴⁰ Es decir, la producción de material orgánico por el plancton, considerado después de la temperatura como el principal generador de cambio ambiental de peces y pesquerías a largo plazo. Véase Fernandes, J. A. *et al.*, “Estimating the Ecological, Economic and Social Impacts of Ocean Acidification and Warming on UK Fisheries”, *Fish and Fisheries*, vol. 18, núm. 3, 2017, p. 396.

⁴¹ Bryndum-Buchholz, A., *et al.*, *Twenty-First-Century Climate Change Impacts on Marine Animal Biomass and Ecosystem Structure across Ocean Basins*, *Global Change Biology*, vol. 25, núm. 2, pp. 459-472, 2019. DOI: [10.1111/gcb.14512](https://doi.org/10.1111/gcb.14512); Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 2.

⁴² Barange, M., *op. cit.*, 2018, p. 94.

⁴³ Marine Climate Change Impacts Partnership, *Marine Climate Change Impacts*, Report Card 2017, p. 5.

⁴⁴ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵ Muhling, B. A. *et al.*, “Past, Ongoing and Future Research on Climate Change Impacts on Tuna and Billfishes in the Western Atlantic”, *Collective Volume of Scientific Papers*, ICCAT, vol. 71, núm. 4, 2015, pp. 1716-1727, disponible en: <https://www.iccat.int/en/>.

⁴⁶ IPCC, Portner, H. O. *et al.* (eds), *op. cit.*, 2019, p. 12, párrafo A.5.1.

⁴⁷ Cheung W. W. L. *et al.*, “Large-Scale Redistribution of Maximum Fisheries Catch Potential in the Global Ocean Under Climate Change”, *Global Change Biology*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 24-35, DOI:[10.1111/j.1365-2486.2009.01995.x](https://doi.org/10.1111/j.1365-2486.2009.01995.x), y Cheung W. W. L. *et al.*, “Large

americano, para finales de siglo el 65% de las casi 700 especies de peces de la plataforma continental norteamericana estudiadas, se desplazará decenas hasta centenares de kilómetros de su hábitat habitual.⁴⁸ En cuanto al Atlántico Nororiental:

- Tras analizar a 50 especies de peces comunes un estudio de 2011 concluyó que: “el 70 por ciento respondió al calentamiento cambiando la distribución y la abundancia... Específicamente, las especies de aguas cálidas con un tamaño corporal máximo más pequeño generalmente aumentaron en abundancia, mientras que las especies de cuerpos grandes y aguas frías disminuyeron”.⁴⁹
- Según un estudio de 2020, el cambio de temperatura de 1 °C cambia la distribución de 72% de las especies estudiadas (más de 100 km para 7% de dichas especies).⁵⁰
- Varias comunidades de peces pelágicos han cambiado de especies asociadas con conjuntos de agua fría (por ejemplo, el arenque y el espadín de los años sesenta a ochenta), a especies asociadas con aguas más cálidas (caballa, jurel, sardina y anchoa) a partir de los años noventa. Se concluyó que el principal impulsor del cambio fue la TSM.⁵¹

En virtud de lo anterior, entendemos que en el Atlántico Norte se han producido, existen y en un futuro seguirán existiendo, migraciones de poblaciones pescadas comercialmente (como el arenque y la caballa) debido al calentamiento global.

benefits to marine fisheries of meeting the 1.5°C global warming target”, *Science*, vol. 354, num. 6319, 2016, p. 1593.

⁴⁸ Morley, J. W. *et al.*, *op. cit.*

⁴⁹ Barange, M., *op. cit.*, p. 95, citando a Simpson, S. D. *et al.*, Continental Shelf-Wide Response of a Fish Assemblage to Rapid Warming of the Sea, *Current Biology*, vol. 21. núm. 8, 2011, pp. 1565-1570.

⁵⁰ Campana, S. E. *et al.*, “Shifting Fish Distribution in Warming Sub-Arctic Oceans, *Nature Research*, 10:16448, 2020, DOI: [10.1038/s41598-020-73444-y](https://doi.org/10.1038/s41598-020-73444-y).

⁵¹ Montero-Serra, I. *et al.*, “Warming Shelf Seas Drive the Subtropicalization of European Pelagic Fish Communities”, *Global Change Biology*, vol. 21, núm. 1, 2015, pp. 144-153, DOI: [10.1111/gcb.12747](https://doi.org/10.1111/gcb.12747). Cabe notar que si los cambios climatológicos persistieran, las especies demersales, no sólo pelágicas, alterarían sus patrones de distribución y migración. Véase Soto, D. *et al.*, *Consecuencias del cambio climático para la pesca y la acuicultura*, FAO, 2012, p. 50.

2. Síntesis del marco normativo actual

El marco normativo actual no es apto para gestionar adecuadamente los cambios geográficos de las especies de peces causados por el calentamiento global.⁵² Existen varios acuerdos, como el acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (Acuerdo de Cumplimiento) de 1993, pero ni siquiera aluden a factores climáticos. Tampoco lo hace la CNUDM, pese a ser considerado (respecto a las disposiciones sobre la gestión y conservación de pesquerías) derecho internacional consuetudinario y la “codificación del derecho del mar”.⁵³

El objetivo principal del derecho internacional en materia de conservación de pesquerías y recursos marinos vivos es establecer un marco para la cooperación internacional.⁵⁴ No obstante, en la práctica este objetivo se ve frustrado por el hecho de que los Estados ribereños puedan decidir lo que ocurre dentro de sus zonas económicas exclusivas, mientras que los Estados cuyos nacionales pescan en alta mar sólo están sujetos a obligaciones vagas de conservación.⁵⁵ En cuanto a lo que se podría llamar “áreas transzonales” —es decir, zonas en las cuales se encuentran especies transzonales (cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las ZEEs⁵⁶)—, el APP obligó a los Estados que pescan una población transzonal o altamente migratoria a aceptar medidas de la OROP relevantes para poder seguir pescando la población. Cada una de las cuatro OROP citadas está enfocada a la cooperación regional en materia de conservación y ordenación de poblaciones de peces en un

⁵² Pinsky, M. *et al.*, *op. cit.*, “Introducción” en particular las notas 26-29.

⁵³ Sands, P. y Peel, *op. cit.*, p. 513, CNUDM, “Preámbulo”.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 507.

⁵⁵ La libertad de pesca en alta mar está abierta a todos los Estados con sujeción a las disposiciones de la CNUDM, que son, en términos de conservación, bastante vagas (véase CNUDM, parte VII, sección 2, que, aunque obliga a los Estados a tomar medidas para la conservación de los recursos vivos de alta mar en relación con sus nacionales, se limita a obligaciones de cooperación entre Estados).

⁵⁶ Los Estados ribereños y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región, tienen la obligación de asegurar, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, la conservación de las especies altamente migratorias y las que se encuentren tanto dentro de la ZEE como en un área más allá de ésta y adyacente a ella (CNUDM, artículos 63, 64, 86, 87(e), 87.2 y 116).

área convencional distinta (la base jurídica de cada OROP es un convenio multilateral). Estas OROP pueden tomar medidas de conservación y gestión vinculantes y las disputas que surgen de su funcionamiento, salvo en el caso de NASCO, que no prevé un método de resolución de disputas, deben resolverse mediante arreglos judiciales o arbitraje internacional.⁵⁷

Por lo que concierne al establecimiento de cuotas, el Consejo Internacional para la Exploración del Mar (ICES por sus siglas en inglés) y el APP establecen principios como la utilización de los datos de capturas históricas, el apego zonal o *zonal attachment* (es decir, se determina la distribución biológica de la población durante todo el año y la cuota se decide sobre la base del porcentaje de la población presente dentro de la ZEE de cada país)⁵⁸ y la dependencia económica (APP, artículos 7.2.e y 11.e). Sin embargo, la manera de sopesar y aplicar estos principios no está formalizada en ningún acuerdo internacional. En cuanto a su aplicación, el artículo 19 APP prevé obligaciones para los Estados del pabellón de velar por el cumplimiento de las medidas adoptadas.

Otra organización relevante desde un punto de vista normativo es la Organización Mundial de Comercio (OMC) por sus: *i*) reglas en materia de subvenciones (pueden fomentar la sobrecapacidad, la sobrepesca y la pesca ilegal no declarada y no reglamentada [INDNR], *ii*) disposiciones restringiendo importaciones. Dichas restricciones facultan a los Estados para hacer frente a las actividades pesqueras no autorizadas de buques extranjeros (por ejemplo, pesca sin cuota de poblaciones desplazadas).

En la Unión Europea (UE), de acuerdo con la Política Pesquera Común de la UE (PPC), la conservación de los recursos biológicos marinos y la

⁵⁷ Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico, artículos 8o., 9o. e ICCAT, Report of the Meeting of the Technical and Legal Editing Group of the Contracting Parties, Madrid, España, 28-29 de enero de 2019, pp. 11 y 12; Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Noroccidental de 1978 (modificado), artículos 11 y 15.2; Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Nororiental de 1980 (modificado), artículos 4.2(c), 12 y 18 *bis*, y el Reglamento de Procedimiento, artículo 42.b; Convenio para la conservación del salmón en el Atlántico Norte de 1982, artículo 13 y véase Russell, D. A. y Vanderzwaag, D. L. (eds.), *Recasting Transboundary Fisheries Management Arrangements in Light of Sustainability Principles-Canadian and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 345.

⁵⁸ APP, artículo 7.2.d. Véase también Hannesson, R., “Zonal Attachment of Fish Stocks and Management Cooperation”, *Fisheries Research*, vol. 140, 2013, DOI: [10.1016/j.fishres.2013.01.001](https://doi.org/10.1016/j.fishres.2013.01.001), que menciona que la *zonal attachment* se ha utilizado entre Noruega y la UE.

gestión de la pesca son competencia exclusiva de la UE (se aplica a las aguas de la UE y a buques pesqueros de la UE fuera de las aguas de la UE)⁵⁹ y el Consejo decide sobre el reparto de pesca entre Estados miembros. La UE es parte de numerosas OROP y los representantes de la Comisión Europea participan en sus reuniones y contribuyen en la toma de decisiones sobre la conservación (largo plazo) y aprovechamiento sostenible de determinadas poblaciones de peces en diferentes partes del mundo.⁶⁰

También existen distintas agencias de la ONU involucradas en la conservación y gestión de los recursos marinos vivos que han detallado pautas y directrices relevantes. La más importante es la FAO, cuyo Comité de Pesca (COFI, por sus siglas en inglés) es el único foro mundial intergubernamental en el que se examinan las principales cuestiones y problemas internacionales de la pesca, y se formulan recomendaciones e instrumentos no vinculantes para la FAO, los gobiernos, las organizaciones regionales de pesca, (organizaciones no gubernamentales), pescadores y la comunidad internacional —de manera periódica y mundial (por ejemplo, el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO establece una guía para las iniciativas nacionales e internacionales que buscan asegurar una explotación sostenible de los recursos acuáticos vivos)—.⁶¹

3. *Insuficiencia del marco normativo*

Hay varios factores que muestran la insuficiencia de la normativa actual. A nivel básico, su funcionamiento socava su efectividad. Dada la diversidad de la naturaleza y las motivaciones económicas y los enfoques de las OROP, existe gran fragmentación y solapamiento normativo. Por ejemplo, cuando

⁵⁹ Reglamento (UE) No. 1380/2013, artículo 1.1.a.

⁶⁰ Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, Acuerdos Internacionales de Pesca, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fish-stocks/>. En aras a cumplir la PPC, se ha promulgado el Reglamento (CE) núm. 1005/2008, creando un sistema para prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR y el Reglamento (CE) núm. 1224/2009, por el que se establece un régimen para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común.

⁶¹ Sobre el COFI, véase ONU, Comité de Pesca (COFI), Departamento de Pesca y Acuicultura, disponible en: <http://www.fao.org/fishery/about/es> y el texto de la Constitución de la FAO, p. 3, disponible en: <http://www.fao.org/3/K8024s/K8024s.pdf>.

no hay una limitación geográfica clara de una OROP, ello puede conducir a la superposición con otros regímenes, creando solapamientos de normativa y dudas en relación con la atribución de responsabilidad para la conservación y gestión.⁶² Además, las OROP tienen una limitada capacidad de afectar las políticas de gestión en alta mar.⁶³ En términos de conservación, la normativa internacional ha tenido éxito limitado (aunque parece que la asignación de derechos de pesca podría disminuir la pesca INDNR).⁶⁴

Asimismo, existen lagunas en la CNUDM. Conforme a la normativa actual, el desplazamiento de una población de una ZEE a otra o a alta mar (o el contrario) significa que el Estado de la ZEE receptor o los pescadores de alta mar pueden aprovecharse de la población desplazada sin apenas límite alguno. Dichas lagunas no han sido completadas por otros acuerdos internacionales, aunque algunos de ellas, como el APP, sí detallan medidas para tomar en cuenta la explotación de nuevas zonas de pesca. Está claro que estas disposiciones no se deberían aplicar a las poblaciones desplazadas precisamente porque son poblaciones desplazadas (no poblaciones nuevas). Calificarlas como “nuevas” podría perjudicar los derechos de los pescadores originales.

La CNUDM no aporta solución alguna porque los Estados ribereños se pueden negar a tratar las disputas relacionadas con su soberanía sobre su ZEE en el sistema de resolución de controversias de la CNUDM.⁶⁵ Es destacable el problema porque: a) más del 95% de la captura global proviene

⁶² Young, M. A., *Trading Fish, Saving Fish: The Interaction between Regimes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, capítulo 2.

⁶³ Messenger, G., El Rol de derecho internacional dentro del desarrollo sostenible y la agenda 2030, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, pp. 271-278, pp. 275 y 276.

⁶⁴ Englander, G., “Property Rights and the Protection of Global Marine Resources”, *Nature Sustainability*, vol. 2, 2019, pp. 981-987.

En 2016 el secretario general de la ONU concluyó que la aplicación del APP no parecía “haber contribuido de manera significativa a la mejora del estado general de las poblaciones transzonales y altamente migratorias, que se han visto disminuidas”. Véase “Report submitted to the resumed Review Conference in accordance with paragraph 41 of General Assembly resolution 69/109 to assist it in discharging its mandate under artículo 36(2) of the Agreement, UN Doc. A/CONF. 210/2016/1”, 1o. de marzo de 2016, párrafo 355.

⁶⁵ CNUDM, artículos 297.3(a) y 299. Dentro de su ZEE, el Estado ribereño tiene derechos de soberanía para los fines de explotación, conservación y administración de los recursos naturales, determinando, por ejemplo, la captura permisible (CNUDM, artículos 5o., 56, 57 y 61).

de ZEEs, no de alta mar,⁶⁶ y b) las poblaciones altamente migratorias, transfronterizas y transzonales son las más perjudicadas (sobre todo aquellas de alta mar)⁶⁷ por lo que la migración se ha convertido en un problema en todos los océanos y se anticipa un aumento futuro de las poblaciones transzonales debido al desplazamiento.⁶⁸ A continuación, analizaremos los tres principales supuestos de desplazamiento.

En primer lugar, las poblaciones se pueden desplazar de la ZEE del Estado A a (exclusivamente) la ZEE del Estado B. En su caso, existen dos escenarios posibles: a) en aplicación del artículo 62 CNUDM, si el Estado B no agota toda su cuota de captura permisible, entonces “dará acceso a otros Estados al excedente mediante acuerdos”, tomando en cuenta factores tales como la necesidad de reducir al mínimo la perturbación de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona, o b) el Estado B podría alegar que no existe exceso de población, o bien, que sí existe pero al no pertenecer ya al Estado A, éste último ya no puede faenar.

En el caso b, pescadores del Estado A podrían pescar en la ZEE del Estado B sin permiso de éste o apartándose de sus leyes y reglamentos (pesca ilegal).⁶⁹ El APP no resuelve el dilema porque únicamente cubre el desplazamiento de peces altamente migratorios (detallados en el Anexo I),⁷⁰ dejando fuera aquellos poco o mínimamente migratorios, y no cubre los supuestos en los que se desplazan a otra ZEE por completo y dejan de ser poblaciones transfronterizas (es decir, poblaciones que se encuentran en la ZEE de más de un Estado).

Aun suponiendo que se concede al Estado A (caso a), ello no significa que recibiría mayores derechos de pesca. Conforme el artículo 62.3 de la CNUDM, podríamos argumentar que la obligación del Estado ribereño de “reducir al mínimo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona” cuando el Estado ribereño

⁶⁶ Englander, G., *op. cit.* Bindoff, N. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 502, sección 5.4.1.1, ha calculado que más del 80% de la captura global proviene de mares costeros y epicontinentales.

⁶⁷ Gullestad, P. *et al.*, *op. cit.*, p. 1009.

⁶⁸ Bindoff, N. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 515, sección 5.4.2.2.2.

⁶⁹ Véase FAO, Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, Roma, FAO, 2001, en cuanto a la definición de *pesca INDNR*.

⁷⁰ Aunque en la práctica varias OROP apliquen sus disposiciones a las especies de las pesquerías que abarcan. Véase Caddell, R., *op. cit.*, p. 4.

da acceso a su ZEE debería ser aplicable a este supuesto. No obstante, presupone que el Estado A ya pescaba habitualmente en la ZEE del Estado B y que el Estado B entiende que “dar acceso” comprende no sólo dar acceso, sino también asignar un porcentaje determinado de captura.

Es poco probable que una OROP pueda ser de ayuda porque la única OROP (excluyendo ICCAT que cubre el atún) que prevé medidas de conservación/gestión en las ZEEs es la NEAFC. La NEAFC se condiciona a la solicitud previa del Estado ribereño (artículo 6.1 del Convenio de 1980), lo cual, entendemos, es poco probable. El problema entonces es que, conforme la normativa actual, el desplazamiento de una población de una ZEE a otra significa que el Estado receptor puede aprovecharse de la población sin límite alguno e impedir el acceso al Estado de origen.

En segundo lugar, los peces se pueden desplazar de la ZEE hacia alta mar. La normativa actual no asegura en absoluto que el Estado ribereño pueda seguir aprovechando en la misma medida de la población que pescaba antes de su desplazamiento de la ZEE a la zona adyacente a la ZEE, o de la ZEE, o de la zona adyacente a la ZEE, al alta mar. El APP no aplica si la población se desplaza por completo a alta mar, dejando así de ser transzonal. Conforme el artículo 20.7 del APP, si la especie se vuelve transzonal (es decir, se encontraba en la ZEE y se desplaza hacia, pero no completamente alta mar⁷¹)⁷² los Estados parte de la OROP podrán tomar medidas “para disuadir a los buques que hayan incurrido en actividades que menoscaben la eficacia” o violen medidas de conservación y ordenación establecidas por la OROP “para que no pesquen en alta mar en la subregión o región hasta que el Estado del pabellón adopte las medidas apropiadas”.

Si el Estado del pabellón es parte del APP, sus buques no podrán pescar en alta mar si no es miembro de la OROP o no se compromete a respetar sus medidas.⁷³ Los Estados que pesquen en el área de alta mar adyacente de-

⁷¹ Sí se desplazó más, pero no únicamente, en alta mar. La obligación de acordar medidas de cooperación con el Estado ribereño seguiría vigente bajo el artículo 63.2 CNUDM.

⁷² El único supuesto que queda —una población que era transzonal, pero se desplazó completamente en alta mar— da lugar a las mismas consideraciones que en el caso de una población que se encontraba solamente en la ZEE y que se ha desplazado completamente en alta mar, asumiendo que a) el Estado ribereño es miembro de la OROP y b) el mandato de la OROP abarca tanto la ZEE como la alta mar durante todo el periodo pertinente.

⁷³ Artículos 8.3., 8.4 y 19 APP e International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *Fisheries Subsidies Rules at the WTO: A Compilation of Evidence and Analysis*, Ginebra, ICTSD, 2018, p. 16.

ben acordar (directamente o mediante la OROP) con el Estado ribereño las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área de alta mar adyacente.⁷⁴ Conforme al artículo 7.2 APP, tales medidas de conservación y ordenación relativas a las poblaciones transzonales y altamente migratorias en alta mar y las que se adopten para las ZEEs habrán de ser compatibles. Existe una obligación de cooperación en estos casos.⁷⁵ Por el contrario, si el Estado del pabellón no es parte del APP, sus buques podrán pescar en alta mar, aunque no sea miembro de la OROP, pero deberá acatar las obligaciones de conservación y cooperación que impone la CNUDM y tener en cuenta los derechos del Estado ribereño en relación con especies altamente migratorias.⁷⁶

Como mucho, hay una obligación de cooperación entre el Estado ribereño y los demás Estados con relación a este segundo supuesto. Es posible que una OROP con competencia para establecer la cuota en el área relevante de alta mar tenga en cuenta el desplazamiento en la asignación porque poseería una “visión” y autoridad abarcando tanto la ZEE como alta mar. Sin embargo, actualmente existe un vacío legal al respecto en los acuerdos internacionales, lo que crea abundante incertidumbre.

En tercer lugar, si los peces se desplazan de alta mar hacia una ZEE, las reglas actuales no aseguran en absoluto que, aparte del Estado ribereño, los Estados desarrollados, en vías de desarrollo o sin litoral que pescaban habitualmente en el área adyacente puedan seguir pescando las poblaciones migradas como antes. Ello tanto si los peces se desplazan de alta mar, o de la

⁷⁴ Artículo 7.1. a APP y artículo 63.2 CNUDM.

⁷⁵ Las disposiciones pertinentes del APP en este respecto son los siguientes: artículo 7.1. a, 7.1. b, 7.2. a-f. El Preámbulo del APP dice que “las cuestiones no reguladas por la Convención o por el presente Acuerdo continuarán rigiéndose por las normas y principios del derecho internacional general”.

⁷⁶ Artículos 117-119 y 192 CNUDM y International Centre for Trade and Sustainable Development, *Fisheries Subsidies Rules at the WTO...*, cit. p. 16. También, bajo el artículo 116 CNUDM, hay que tomar en cuenta los intereses del Estado ribereño si la población es transzonal. Desde luego, el Acuerdo de Cumplimiento refuerza la responsabilidad especial de los Estados del pabellón para garantizar que ninguno de sus buques pesque en alta mar a menos que cuente con autorización, y que puedan ejercer sus responsabilidades de manera eficaz para asegurar que sus buques cumplen con las medidas internacionales de conservación y ordenación. Sin embargo, esto supone que habrá medidas de conservación y gestión previstas por la OROP, que sean satisfactorias desde la perspectiva de los Estados ribereños relevantes, y que el Estado del pabellón las haga cumplir por sus buques.

zona adyacente a la ZEE, a la ZEE. El Estado ribereño receptor es soberano en cuanto a la determinación de captura permitida de los recursos vivos en su ZEE y solamente está sometido a una obligación genérica de conservación del artículo 192 CNUDM. Si la población se vuelve transzonal, el Estado ribereño deberá aplicar el principio de precaución y asegurar la sobrevivencia a largo plazo de la población y acatar las obligaciones de cooperación en cuanto a la conservación con otros Estados de la parte transzonal de alta mar.⁷⁷ En el raro caso de que las medidas de la OROP cubrieran tanto la ZEE como alta mar, es posible que se tome en cuenta el desplazamiento en la asignación de cuota.

El último punto importante que muestra el carácter inadecuado de las reglas actuales está relacionado con los criterios de asignación de cuotas. Varias pesquerías existentes se basan en principios de apego zonal y estabilidad relativa, en donde las asignaciones nacionales se basan en patrones históricos de presencia en cada país y área geográfica.⁷⁸ Pero el desplazamiento causado por el calentamiento global socava la eficacia de las asignaciones realizadas. Empeorando aún más el problema, las OROP del Atlántico Norte sólo admiten asignar a miembros nuevos la captura no asignada a otros miembros.⁷⁹ En consecuencia, un Estado que podría beneficiarse de la llegada de una población que antes se encontraba en una zona cubierta por tal OROP, no podrá hacerse miembro y, por tanto, las medidas de conservación de dicha OROP no le serán vinculantes (sobre todo si el Estado no es miembro de la APP). Se crea entonces el dilema del beneficiario gratuito o *free rider*; aquel que no tiene obligaciones de explotación y puede aprovechar el recurso libremente.⁸⁰ Por otro lado, si consideramos que la población desplazada es “nueva” y el Estado receptor se adhiere a la OROP, surgiría el problema de dos asignaciones para una misma población.

⁷⁷ Artículos 3o., 7.2 y 8.1 APP y 63.2 CNUDM.

⁷⁸ Pinsky, M. *et al.*, *op. cit.*, p. 1191.

⁷⁹ Caddell, R., *op. cit.*, p. 207. También, X se refiere a la perspectiva de “la disminución o congelamiento de los permisos de pesca” debido a los cambios de accesibilidad de los recursos pesqueros. Véase Tapia Jopia, C., *Manual práctico para la pesca artesanal y la acuicultura de pequeña escala en Chile*, Centro de Estudios de Sistemas Sociales, FAO, 2021, p. 63.

⁸⁰ Pinsky, M. *et al.*, *op. cit.* p. 1189.

III. DISPUTAS POTENCIALES Y NECESIDAD DE UN NUEVO INSTRUMENTO PARA EVITAR, REDUCIR, ATENUAR Y/O DIRIMIRLAS DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO, SOCIOECONÓMICO Y POLÍTICO

1. Problemática de la migración y futuras disputas

La probabilidad de que surjan controversias depende, en gran medida, del valor de lo que está en juego. En el Mar del Norte, la especie más importante en cuanto a peso es el arenque, pero en términos de valor, es la caballa, después el bacalao. En el Atlántico Nororiental, las principales especies en cuanto a peso son las especies pelágicas pequeñas como la caballa y, en cuanto a valor, son la merluza y la caballa.⁸¹ Los principales actores en la subregión del Atlántico Nororiental son los españoles (37% del total de la flota de la UE en 2015), franceses, británicos, portugueses e irlandeses (los dos últimos con mayor dependencia en la región para la producción).⁸² En cuanto a la merluza del norte, el establecimiento unilateral de cuotas por parte de la UE, pese a la expansión de poblaciones más allá de las aguas de la UE en el Mar del Norte, es cada vez más problemático.⁸³ Estas especies han originado muchos conflictos en el Atlántico Norte; por ejemplo *i*) la disputa militarizada entre Canadá y Francia sobre si Francia había superado los límites de captura de bacalao en Terranova⁸⁴ o, *ii*) la disputa de 2007 de Islandia y las Islas Feroe sobre el derecho del primero a pescar caballa como Estado miembro del NEAFC (debido al cambio climático la población se encontraba más en sus aguas, por lo que ambos Estados reclamaban el 46% del total de capturas de caballa permitidas a nivel internacional) en el ámbito de la OMC.⁸⁵

La disputa sobre la caballa es un buen ejemplo de cómo los criterios de determinación de cuotas en el APP y el establecimiento unilateral de cuotas pueden originar muchos problemas.⁸⁶ En dicho caso, se desestimó

⁸¹ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 90.

⁸² *Idem.*

⁸³ Gullestad, P. *et al.*, *op. cit.*

⁸⁴ McLaughlin Mitchell, S. y Prins, B. C., "Beyond Territorial Contiguity: Issues at Stake in Democratic Militarized Interstate Disputes, *International Studies Quarterly*, vol. 43, num. 1, 1999, p. 175.

⁸⁵ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 96.

⁸⁶ Unión Europea, Medidas relativas al arenque atlántico-escandinavo, WT/DS469.

la reclamación con base a criterios de capturas históricas y de apego zonal, lo que era problemático porque permitió argumentos, principalmente de Noruega, según los cuales la presencia de la caballa en las aguas de Islandia era por periodos cortos y que, en algunos años, ya no habría.⁸⁷ En consecuencia, Islandia y las Islas Feroe adoptaron cuotas de manera unilateral, creando así un sistema fragmentado de establecimiento de cuotas contrario a las recomendaciones científicas sobre límites de captura.⁸⁸

Los factores detallados a continuación podrían originar muchos problemas: *i)* la historia: 40% de las disputas entre Estados democráticos entre 1946-1992 tenían una dimensión económica, y de ellas, la mayoría eran disputas vinculadas con derechos de pesca (24 de 42 se basaban en derechos de pesca)⁸⁹ *ii)* los cambios de distribución podrían dificultar la asignación de recursos,⁹⁰ y *iii)* los recursos vivos que se desplacen tienen un valor nutritivo y económico creciente. La pesca de captura marina es la mayor fuente de producción en toda la industria pesquera —(46% en 2016)—, por lo que desempeña un papel crucial en la economía de zonas costeras.⁹¹ El consumo mundial de pescado ha aumentado notablemente durante las últimas seis décadas; 35% de la producción pesquera mundial se exporta y, en los próximos 20 años, el crecimiento demográfico causará un aumento de los precios del pescado lo que alentará a los pesqueros a aumentar su productividad.⁹² Para el año 2050, se prevé que la captura total máxima potencial habrá bajado entre 2,8 y 12,1%.⁹³

⁸⁷ Spijkers, J. y Boonstra, W. J., “Environmental change and social conflict: the northeast Atlantic mackerel dispute”, *Regional Environmental Change*, vol. 17, 2017, pp. 1835-1851.

⁸⁸ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 617.

⁸⁹ McLaughlin Mitchell, S. y Prins, B. C., *op. cit.*, pp. 175-177.

⁹⁰ Barange, M., *op. cit.*, p. 617: “[e]s probable que los cambios esperados en la distribución causen nuevos conflictos, o exacerben los ya existentes, entre usuarios, tanto dentro de los países como cuando la distribución de especies importantes cambie a través de las fronteras entre países vecinos o entre las ZEE de los países y el alta mar. Donde los recursos pesqueros son compartidos o se encuentran a lo largo de las fronteras internacionales, los cambios en la distribución podrían llevar a desacuerdos sobre las asignaciones”. Véase también Barange, M., p. 87; Bindoff, N. L. *et al.*, IPCC, *op. cit.*, p. 515, sección 5.4.2.2.2.

⁹¹ *Ibidem*, p. 45.

⁹² *Ibidem*, pp. 41, 48 y 52-53.

⁹³ *Ibidem*, p. 22 y Bindoff, N. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 451, nota una disminución promedia de 4.1% por década de las capturas totales máximas en el siglo XX.

En relación con las lagunas normativas sobre desplazamientos entre ZEEs diferentes (supuestos detallados antes), según un estudio de 2020, el 78.5% de los ingresos pesqueros globales provienen de capturas transfronterizas, y representan más de 77 mil millones de USD ingresos anuales (una cifra probablemente subestimada debido a la falta de comprensión de la naturaleza transfronteriza de las poblaciones).⁹⁴ De hecho, muchas especies en el Atlántico Norte tienen una presencia en más de 20 ZEEs, y a veces múltiples de este número.⁹⁵ Asimismo, se prevé que un 23% a 35% de los ZEEs en el mundo tendrán nuevas especies transfronterizas para el 2100,⁹⁶ y algunas dejarán de ser transfronterizas, por lo que los intereses económicos son significativos.⁹⁷

La migración puede originar problemas socioeconómicos en términos de ingresos, seguridad alimentaria, trabajo decente y crecimiento económico (ODS 1, 2 y 8, respectivamente).⁹⁸ Es preciso aclarar que dichos problemas son, y serán, mucho más graves en el caso de países en desarrollo que en países desarrollados del Atlántico Norte. Tras su experiencia con El Niño, muchas comunidades en países latinoamericanos, como Colombia, ya pueden dar fe del efecto que el cambio climático puede tener en la pesca y, por lo tanto, en las comunidades pesqueras.⁹⁹ No obstante, incluso en el Atlántico Norte las comunidades costeras están especialmente expuestas a las consecuencias negativas del cambio climático (dada su ubicación, situación de pobreza relativa y marginalización política), y ello podría afectar su resiliencia y sustento.¹⁰⁰ En el Reino Unido, por ejemplo, existe el riesgo de pérdida del 17% de empleos del sector pesquero para 2050 (asumiendo un escenario de emisiones bajo).¹⁰¹

⁹⁴ Palacios-Abrantes, J., *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁹⁶ Pinsky, M. *et al.*, *op. cit.* p. 1190.

⁹⁷ Palacios-Abrantes, *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁸ Bindoff, N. L. *et al.*, 2019, *op. cit.*, p. 26, sección B. 8.

⁹⁹ Castillo Murillejo, N. C. y Alvia Palma, D. N., *El mundo marino de Colombia: investigación y desarrollo de territorios olvidados*, Universidad Nacional de Colombia, REMAR, 2003, p. 149.

¹⁰⁰ Barange, M., 2018, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

¹⁰¹ Fernandes, J. A. *et al.*, *op. cit.*, pp. 4-406, basado en cifras de 2011 (2078 de los 12405 empleos).

2. *Vertientes de gobernanza socioeconómica y gestión del nuevo instrumento*

Cada vez hay más estudios doctrinales y conferencias sobre gobernanza pesquera y cambio climático que coinciden en sus conclusiones. Destaca la Conferencia de Revisión del APP de 2016 (RRC) que propuso varias reformas para los Estados y la UE, individual y colectivamente a través de OROPs.¹⁰² No obstante, el APP no colma las lagunas legales de cambio climático en la gobernanza pesquera, y tanto el análisis regulatorio como la ciencia han avanzado desde 2016. Por ello, abordaremos qué contenido debe tener este nuevo instrumento internacional.

En primer lugar, es necesario mejorar la capacidad nacional, regional e internacional de investigación, evaluación y seguimiento de cambios geobiológicos relacionados con el desplazamiento y el cambio climático. La CNUDM prevé explícitamente la cooperación internacional de manera general, así que el nuevo instrumento resaltaría la investigación relacionada con el cambio climático y contendría un compromiso de los Estados a compartir datos y utilizarlos en aras de una gestión colaborativa.¹⁰³ Este compromiso debería ir acompañado por otro en materia de inversiones en adiestramientos, programas de formación y difusión de información, lo que contribuiría a evitar la mala adaptación.¹⁰⁴

La clave para lograr el mejoramiento de estas capacidades es conseguir mayor involucración, lo cual también beneficiaría la gestión compartida. El Código de Conducta para Pesca Responsable debería ser formalizado para promover sistemas de gobernanza participativos y “ciencia ciudadana” relativa al desplazamiento de poblaciones.¹⁰⁵ El ecoetiquetado para poblaciones compartidas y su control mediante certificaciones también fomentarían la gestión sostenible de poblaciones migratorias.¹⁰⁶

¹⁰² Resumed Review Conference Outcome, UN Doc. A/CONF. 210/2016/5, 33, párrafos 12 y 13.

¹⁰³ CNUDM, artículos 239, 242, 243 y 257; Gaines, S. *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴ Barange, M., 2018, *op. cit.*, pp. 58 y 103.

¹⁰⁵ Miller, T. J. *et al.*, “Scientific Considerations Informing Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act Reauthorization”, *Fisheries Magazine (AFS)*, vol. 43, núm. 11, 2018, pp. 533-541. DOI: [10.1002/jfsh.10179](https://doi.org/10.1002/jfsh.10179); Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 617.

¹⁰⁶ Gullestad, P. *et al.*, *op. cit.*, p. 1021.

En segundo lugar, dicha capacidad científica debe ir de la mano de los esfuerzos legislativos.¹⁰⁷ Existe una brecha temporal relevante entre la publicación de pruebas científicas (necesarias para cambiar la normativa sobre cuotas de captura sostenible) y su asimilación en la política pesquera (llamado *policy barriers*).¹⁰⁸ Los datos ambientales no se suelen tener en cuenta en la ordenación pesquera.¹⁰⁹

En el ámbito del Atlántico Noreste, existe normativa sobre la recopilación e intercambio de datos de pesca a través del seguimiento por satélite y cuadernos de pesca electrónicos. Aunque ello ayuda cumplir la NEAFC, falta un enfoque ecosistémico de ordenación pesquera en el Atlántico Norte (y en todo el mundo).¹¹⁰ Imponer una obligación de uso de datos actualizados ayudaría y facilitaría las negociaciones.¹¹¹

Según algunos estudios recientes, la ordenación pesquera adaptada al clima no sólo es beneficiosa desde una perspectiva de sostenibilidad, sino que también genera mayor captura y ganancia acumulada.¹¹² Se propone, entonces, que el nuevo instrumento obligue a los Estados y/o OROP a revisar su política de ordenación pesquera al menos cada cinco años (reflejando la obligación de los artículos 4.9 y 14.2 del Acuerdo de París en materia de contribuciones nacionales y balance mundial de reducción de emisiones) y adaptar dichas políticas a los avances científicos pertinentes. Asimismo, se propone un “comité mundial de supervisión” compuesto por miembros de organizaciones internacionales, como el Comité de Pesca de la FAO, la OCDE y el ICES, para revisar las modificaciones de ordenación pesquera realizadas y formular recomendaciones sin la autoridad de ajustarlas (y así minimizar preocupaciones de soberanía y no ir más allá de lo previsto en la CNUDM).

Un corolario lógico de lo anterior es que el instrumento debe ser flexible.¹¹³ Dado que el desplazamiento de poblaciones es incesante, la asigna-

¹⁰⁷ Plaganyi, E. E. *et al.*, “Assessing the adequacy of current fisheries management under changing climate: A southern synopsis”, *ICES Journal of Marine Science: Journal du Conseil*, 68, 2011, pp. 1305-1317; RRC, párrafos A.4 y A.3.14.

¹⁰⁸ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁹ Gullestad, P. *et al.*, *op. cit.*, p. 1010.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 1020.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Free, C. M. *et al.*, “Realistic Fisheries Management Reforms Could Mitigate the Impacts of Climate Change in Most Countries”, *PLoS ONE*, vol. 15, núm. 3, 2020, DOI: 10.1371/journal.pone.0224347.

¹¹³ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 103.

ción de poblaciones se debe basar en evaluaciones objetivas, ajustando la cuota en función de la población.¹¹⁴ La PPC es un buen contraejemplo, al ser una política muy rígida basada en porcentajes fijos con limitada capacidad para intercambiar cuotas cuando las poblaciones se desplazan. Aunque se diferencia entre las medidas aplicables a zonas de pesca de alta capacidad (con datos de alta calidad y flotas sofisticadas) y zonas de pesca de baja capacidad (cambios en las cuotas *versus* enfoques basados en derechos, respectivamente), dicha distinción es imprecisa, ya que los sistemas basados en derechos han tenido éxito en zonas de pesca europeas de gran capacidad.¹¹⁵ Además, dada la tasa de cambios distributivos y diversificación económica de comunidades pesqueras, es casi imposible evitar cambios en las cuotas.¹¹⁶

La gestión comunitaria deberá basarse en la ciencia más reciente, establecer limitaciones (licencias, restricciones estacionales y medidas para abordar la captura secundaria)¹¹⁷ y garantizar a los pescadores la continuidad futura de las poblaciones, ya que según varios estudios, las restricciones funcionan mejor cuando se garantiza a los pescadores que renunciar a determinadas capturas asegura derechos de pesca futuros.¹¹⁸

En cuanto a la forma que debe tener la garantía de los pescadores, se sugiere una cuota individual transferible (CIT) basada en una cantidad de población determinada, en lugar de derechos sobre un territorio, pues esto permitiría a los pescadores adaptarse espacialmente a los cambios en la distribución de la población dada la capacidad relativamente alta de movilidad de las flotas del Atlántico Norte. Dichos sistemas también han tenido éxito combinándose con un enfoque comunitario¹¹⁹ y posibilitan los pagos paralelos entre países (en caso de necesitar flexibilizar el sistema de CIT por migración climática entre ZEEs).

¹¹⁴ Bindoff, N. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 535, sección 5.5.2.2.3.

¹¹⁵ Ojea, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 406.

¹¹⁶ Véase *infra*.

¹¹⁷ Ojea, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 405.

¹¹⁸ Essington, T. E. *et al.*, "Catch Shares, Fisheries and Ecological Stewardship: A Comparative Analysis of Resource Responses to a Rights-Based Policy Instrument", *Conservation Letters*, 5, 2012, pp. 186-195; Grainger, C. A. y Costello, C., "The Value of Secure Property Rights: Evidence from Global Fisheries", *NBER Working Papers* 17019, 2011; Fidelman, P. I. J. *et al.*, "Unpacking Multilevel Adaptation to Climate Change in the Great Barrier Reef, Australia", *Global Environmental Change*, vol. 23, núm. 4, 2013, pp. 800-812.

¹¹⁹ Ojea, E. *et al.*, *op. cit.*, p. 406.

Los pagos paralelos (*side payments* en inglés) en los cambios de distribución a largo plazo, incluso entre dos países,¹²⁰ son esenciales, por lo que el nuevo instrumento deberá reflejarlo. Se sugiere un sistema de pago ligado a los costes de aplicación de medidas de control por su importancia en la ejecución de las medidas¹²¹ (por ejemplo, cuando poblaciones de alto valor se muevan de ZEE A a ZEE B, el instrumento debe permitir que el país A realice pagos al país B, compensándole gastos incurridos para evitar pesca no autorizada). El nuevo instrumento también debe permitir comerciar derechos de pesca entre países (o dentro del OROPs donde la migración ocurre desde ZEE hacia alta mar) para aquellos pescadores que no siguen las poblaciones migratorias.¹²² Un enfoque territorial (derechos de uso territorial pesqueros o TURF, por sus siglas en inglés) es inapropiado dadas las dificultades que conlleva para predecir movimientos de distribución y riesgo de sobrepesca.¹²³ El sistema de derechos a nivel de país (ZEE) ha experimentado una caída en el porcentaje de pesca no autorizada del 81%,¹²⁴ Los citados principios (protección de poblaciones de ZEE en un sistema de derechos) se aplicarían a los sistemas propuestos de cuotas transferibles internacionalmente. Cabe señalar que cualquier solución tendrá que promover la equidad en los procesos, la distribución y el reconocimiento en los cambios de poblaciones.¹²⁵

En vista de algunas modificaciones o propuestas de modificación de las OROP, existen motivos para estar optimistas. Por ejemplo, ICCAT y NAFO han contemplado crear un sistema internacional de permisos de pesca negociables.¹²⁶ De hecho, ICCAT, desde el 2008, otorga una pequeña (y creciente) parte de la cuota de atún rojo a Noruega e Islandia, y ha modificado sus criterios para asignar cuotas compartidas para reconocer los cambios en la distribución de especies, de modo que no sólo se basa en un “historial” de

¹²⁰ Diekert, F. K. & Nieminen, E., *International fisheries agreements with a shifting stock*, *Dynamic Games and Applications*, 7, 2017, pp. 185-211.

¹²¹ Englander, G., *op. cit.*

¹²² Miller, K. A. y Munro, G. R., “Climate and Cooperation: A New Perspective on the Management of Shared Fish Stocks”, *Marine Resource Economics*, vol. 19, núm. 3, 2004, pp. 367-393; Gaines, S. *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

¹²³ Oremus, K. L. *et al.*, *op. cit.*, Ojea, E. *et al.*, *op. cit.*, pp. 407-408.

¹²⁴ Englander, G., *op. cit.*

¹²⁵ Gaines, S. *et al.*, *op. cit.* p. 10.

¹²⁶ Pinsky, M. *et al.*, *op. cit.*, p. 1191.

pesca, sino también en los derechos de los Estados costeros a hacer uso de los recursos de sus ZEE. Canadá y Estados Unidos están implementando un cambio similar, aunque no jurídicamente vinculante, para la migración del bacalao, el eglefino y la platija.¹²⁷

La coherencia de las medidas de conservación y gestión adoptadas es tan importante como la flexibilidad. Dada la poca capacidad de control de algunos países (por ejemplo, la falta de recursos o extensión de sus ZEEs), es importante que el nuevo instrumento obligue a los Estados a avalar, ante el comité mundial de supervisión, su capacidad de cumplir sus responsabilidades en relación con los buques que enarbolan su bandera antes de acordar el derecho de enarbolarla.¹²⁸

Por último, es necesario abordar la sobrecapacidad y la diversificación. La sobrecapacidad es relevante para evitar la sobrepesca, incluso de poblaciones desplazadas.¹²⁹ Para ello se recomienda: *i*) elaborar planes de gestión de capacidad que ofrecen incentivos para la reducción voluntaria;¹³⁰ *ii*) abogar por políticas de recompras (*buybacks* en inglés), *iii*) introducir cuotas transferibles e inversiones en fuentes alternativas de empleo e ingresos adoptadas ya por algunos gobiernos¹³¹ (las recompras pueden ser de buques, licencias, equipamiento o derechos de acceso;¹³² y *iv*) eliminar algunas formas de subsidios, comentadas a continuación.

La diversificación debe realizarse dentro del sector pesquero (ayudando a pescadores que dejan el oficio) y fuera o entre sectores (por ejemplo, ecoturismo). Según algunos estudios de la OCDE, la pesca de captura industrial representa el 1% de la economía oceánica, frente al 26% que se espera que contribuya el turismo oceánico en 2030.¹³³

¹²⁷ Oremus, K. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 278.

¹²⁸ RRC, párrafo B.7.

¹²⁹ *Ibidem*, párrafo A.3.6.

¹³⁰ *Ibidem*, párrafo A.3.7.

¹³¹ Barange, M., 2018, *op. cit.*, p. 105.

¹³² European Commission (DG Environment) and the Pew Environment Group's European Marine Programme, Seas at Risk Annual Conference, Towards Sustainable European Fisheries: The Double Challenge of Restructuring and Reducing the Fishing Fleet, Background Paper, Abstracts and Conference Proceedings, 2009, p. 22, disponible en: https://ec.europa.eu/fisheries/sites/fisheries/files/docs/body/seas_at_risk_annex_en.pdf.

¹³³ OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), The Ocean Economy in 2030, París: OECD Publishing, 2016.

3. *Vertientes jurídicas del nuevo instrumento*

El nuevo instrumento debe establecer: *i*) reglas positivas y orientativas; *ii*) reglas negativas que prohíban determinadas prácticas que agraven las consecuencias del desplazamiento, y *iii*) un método claro de resolución de conflictos.

Las citadas reglas positivas y orientativas deben abordar normas básicas sobre el desplazamiento. Por ejemplo, habrá que definir los conceptos población desplazada y *pesca INDNR* y explicar la forma en que se identificarán los buques que lo practican, además de establecer la metodología para determinar el apego zonal; acordar reglas en materia de pesca bajo una licencia flexible y el sistema de CIT a través de fronteras políticas, y concretar el alcance de la obligación de diligencia debida/investigación cada cinco años en cuanto a la revisión exhaustiva por cada Estado de sus políticas de ordenación pesquera.

Las reglas negativas se refieren a la intervención de la OMC y, en particular, la modificación o prohibición de ciertas subvenciones que agravan los efectos del desplazamiento. Aunque no publicado, a finales del 2020 se redactó un borrador sobre el control de las subvenciones a la pesca. El borrador prohíbe las subvenciones a la pesca INDNR, a la pesca de poblaciones sobreexplotadas y las que contribuyen al exceso de capacidad y la sobrepesca.¹³⁴ Para que tales prohibiciones sean operativas y eficaces, es importante que los parámetros del concepto de pesca INDNR sean claros, aunque por el momento se propone utilizar dicho concepto de pesca INDNR del artículo 3o. del Plan de Acción Internacional de la FAO (PAI) como punto de partida, y una descripción más detallada de las actividades de pesca ilícitas en las reglas creadas por la OMC.¹³⁵

Se sugiere definir la pesca INDNR y los mecanismos para frenarla en el nuevo instrumento en vez de definirlo en el contexto de la OMC, independientemente de la forma legal de la vía OMC (es decir, sin importar, si se opta por un acuerdo independiente incluido junto con los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías existentes y ejecutable bajo el sistema de resolución de conflictos de la OMC, abogado por el Centro

¹³⁴ WTO, *Factsheet: Negotiations on Fisheries Subsidies*, disponible en: www.wto.org/english/tratop_e/rulesneg_e/fish_e/fish_intro_e.htm.

¹³⁵ ICTSD, *op. cit.*, p. 14.

Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible [(ICTSD, por sus siglas en inglés)], o por un anexo al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias [ASCM].¹³⁶ Esto viene apoyado por la reticencia (y, posiblemente, la falta de dominio) que muestra la OMC en implicarse en asuntos que no sean de naturaleza estrictamente comercial.

Las reglas negativas aportarían seguridad jurídica, coherencia en términos de sostenibilidad e incorporaría y darían significado a otras definiciones en el instrumento. Por ejemplo, la pesca INDNR podría incluir la pesca de una población “desplazada” (como también se definiría en el nuevo instrumento) sin llegar primero a un acuerdo con el país de origen de esa población (directa o indirectamente a través de una OROP) y/o buscar la orientación del comité mundial de supervisión. Al fin y al cabo, si la definición de la pesca INDNR dependiera del derecho nacional o de cada OROP, o si el nuevo instrumento remitiera al artículo 3o. PAI, el riesgo de incoherencia en su aplicación aumentaría de manera significativa. Además, depender del derecho nacional, en vez del supranacional, podría conllevar largos retrasos decisionales.¹³⁷

El nuevo instrumento también debería disponer cómo se determina la existencia de pesca INDNR. Varias propuestas sugieren que el miembro que conceda la subvención, una OROP, una organización internacional como la FAO y/o, potencialmente, el Estado del puerto, también deberían estar involucrados en la toma de la decisión, sobre la base de que cuantos más patrullen, mejor.¹³⁸ Dado el potencial conflicto de intereses del miembro concesionario y que la FAO ya debería estar participando en el propuesto comité mundial de supervisión, encargárselo al Estado del puerto (siempre que no sea también el miembro concesionario) tiene más sentido. Tomaría su decisión en coordinación con los Estados del pabellón y ribereño que ya desempeñan un rol significativo en la vigilancia de la pesca INDNR tanto en las ZEE como en alta mar bajo la CNUDM.

Cualquier parte inconforme podría entonces apelar la decisión ante el comité mundial de supervisión (compuesto por miembros de la FAO, el ICES y la OCDE), y en caso de implicar un efecto directo o indirecto sobre sub-

¹³⁶ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁷ Van Damme, I., “Reflections on the WTO Negotiations on Prohibiting IUU Fishing Subsidies”, *Global Subsidies Initiative Policy Brief*, The International Institute for Sustainable Development, 2020, p. 7.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

venciones, por dos miembros de la OMC.¹³⁹ La capacidad del comité de tomar una decisión vinculante estaría sujeta al acuerdo previo de las partes. Esta propuesta abordaría las preocupaciones de algunos miembros de que la OMC participe de alguna manera en la determinación, dado que posibilitaría, en una etapa posterior, aplicar sanciones comerciales basadas en dicha decisión.¹⁴⁰ Cuando las partes no se pusieran de acuerdo en la naturaleza vinculante de la decisión, el nuevo instrumento establecería el arbitraje internacional como recurso final (detallado más adelante). De esta manera, se respetaría la naturaleza consensual que caracteriza la CNUDM.

Para contrarrestar la retirada de subvenciones a la pesca en comunidades pesqueras con poca resiliencia frente a las migraciones, el nuevo instrumento debe remitirse al Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños, previsto en el artículo 8o. del Acuerdo de París. La migración cumple con los requisitos del citado artículo 8o. porque está relacionada con “los efectos adversos del cambio climático”, que es un fenómeno de evolución lenta y afrontarlo contribuiría al desarrollo sostenible, la reducción del riesgo de pérdidas y daños.¹⁴¹ Más allá de la prohibición absoluta de ciertas subvenciones, el nuevo instrumento fomentaría ciertas subvenciones más que otras. Según el análisis de la OCDE, debería promover sustituir los subsidios de costes fijos y variables que tiendan a aumentar la capacidad de la flota o el esfuerzo pesquero, por aquellos cuyo objetivo es mejorar la calidad de la pesca y renta de los pescadores.¹⁴² Una alternativa a dicha sustitución sería prohibir subsidios en áreas fuera de la jurisdicción nacional del miembro que provee el subsidio.¹⁴³ Estas medidas deberían ir acompañadas de mejoras respecto a la transparencia tales como la notificación del estatus de la población en relación con la cual se ha otorgado el subsidio.¹⁴⁴

¹³⁹ Estos dos miembros provendrían de países miembros de la OMOC, pero sin vínculo a la disputa, y formarían con los otros tres miembros un panel de cinco que tomaría sus decisiones por mayoría simple para evitar bloqueos.

¹⁴⁰ Van Damme, I., *cit. . .*, p. 7. Es decir, podría justificar que otros miembros de la OMC introduzcan prohibiciones de importación sobre las capturas pertinentes.

¹⁴¹ Oremus, K. L. *et al.*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴² OECD, “Support to Fisheries: Levels and Impacts”, *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, núm. 103, París, OECD Publishing, 2017, DOI: 10.1787/00287855-en.

¹⁴³ ICTSD, *op. cit.*, pp. 18-20. Cabe notar que el RRC apoya la eliminación de subsidios que contribuyen a la INDNR, la sobrepesca y la sobrecapacidad. Véase la RCC, párrafo A.3.8.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 21.

En cuanto a la tercera área, la resolución de conflictos se propone, primero, la emisión por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) de opiniones consultivas sobre cuestiones relacionadas con la migración. El nuevo instrumento debería detallar la posibilidad de pedir estas opiniones para otorgar competencia al Tribunal (artículo 21 CNUDM).¹⁴⁵ No obstante, no debemos olvidar que el arbitraje internacional aporta flexibilidad jurídica y procesal y está muy consolidado (por ejemplo, instituciones como la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya [CPA]).¹⁴⁶ La CPA ha resuelto varias controversias conforme a tratados bilaterales y multilaterales, contratos y otros instrumentos relativos a los recursos naturales y al medio ambiente, y goza de un reglamento especializado para el arbitraje de este tipo de controversias. Recurrir al TIDM y al arbitraje también está conforme con los mecanismos de resolución de controversias previstos en la CNUDM.

En términos de reconocimiento y ejecutabilidad del laudo arbitral, la Convención de Nueva York (ratificada por más de 160 Estados y cuyos artículos 3o. y ss. obligan a los Estados parte a velar por que las sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales), aporta una ventaja significativa al arbitraje. Además, ya ha sido utilizada en el contexto de controversias vinculadas con la pesca por ejemplo, la disputa entre Cana-

¹⁴⁵ CNUDM, Anexo VI, Estatuto de TIDM, artículo 21: “La competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal”.

Schatz, V., “Fishing for Interpretation: The ITLOS Advisory Opinion on Flag State Responsibility for Illegal Fishing in the ZEE”, *Ocean Development & International Law*, vol. 47, núm. 4, 2016; Opinión Consultativa sobre la Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission del 2 de abril de 2015, ITLOS Reports 2015 y, Sands, P. y Peel, *op. cit.* p. 186.

¹⁴⁶ Bajo la CNUDM, la tercera manera de resolver disputas de manera definitiva es acudir a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sin embargo, el potencial socavamiento político de sus decisiones era evidente con la revocación de Estados Unidos de su aceptación de la jurisdicción de la corte después de la Opinión de la CIJ en el caso de Nicaragua, lo que es menos probable en el caso del Convenio de Nueva York, dada su importancia comercial. Véase Paor, R. de “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won’t be a Next Time”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, núm. 1, 2017, pp. 179-215, DOI: [10.1093/jnlids/idw025](https://doi.org/10.1093/jnlids/idw025).

dá y Francia¹⁴⁷ y *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius vs. United Kingdom)*, Caso PCA núm. 2011-03. El artículo 7.4 APP prevé el arbitraje para dirimir disputas relacionadas con el acuerdo y el artículo 10.k insta a las OROP a promoverlo como método de solución de controversias. De hecho, tres de las cuatro OROP citadas en este artículo prevén el arbitraje.¹⁴⁸ Asimismo dado que Estados Unidos no ha ratificado la CNUDM y no acepta la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el arbitraje *ad hoc* (bajo un nuevo instrumento internacional o fuera de él) sería la solución idónea para la migración en el Atlántico Norte.

IV. CONCLUSIÓN

Las soluciones de adaptación a la migración de poblaciones de peces deben tener en cuenta que estamos frente a un problema multifacético y es necesario abordarlo de manera holística —tanto a nivel socioeconómico como jurídico—. Para minimizar el riesgo de poner en peligro tanto las relaciones internacionales como la sostenibilidad de las pesquerías, es crucial adoptar un proceso iterativo similar a la gestión adaptativa de las pesquerías y una aplicación completa del principio de precaución.¹⁴⁹ La manera más segura de afianzar este enfoque tan importante es a través de un nuevo instrumento internacional global, abarcando ZEEs y alta mar y evitando soluciones unilaterales y nocivas a los problemas planteados. A pesar de que este principio está consagrado en el APP y la CNUDM¹⁵⁰ y podría ser aplicado con arreglo a la normativa en que se basan las cuatro OROP,¹⁵¹ su aplicación sigue siendo incoherente, por lo que el nuevo instrumento deberá preverlo expresamente.¹⁵²

¹⁴⁷ Véase “Case concerning the Delimitation of Maritime Areas Between Canada and France”, laudo del 10 de junio de 1992, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XXI, pp. 265-341, disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/265-341.pdf.

¹⁴⁸ *Supra* 57.

¹⁴⁹ Barange, M., *op. cit.*, p. v.

¹⁵⁰ El principio está afianzado en el artículo 6.2 APP y la referencia a “factores ambientales y económicos pertinentes”, en el artículo 119.1 CNUDM, sobre la determinación de la captura permisible permite, hasta cierto punto, tomar en cuenta el desplazamiento en la gestión y conservación pesqueras.

¹⁵¹ Sands, P. y Peel, *op. cit.*, p. 525.

¹⁵² RRC, párrafo A. 2(a) y p. 10, párrafo 39.

La cooperación institucional será vital, especialmente entre distintos OROP con orientación e intercambio de datos con y entre la FAO (en particular, el COFI), ICES, la OCDE (y cuando sea necesario, la OMC) en el comité mundial de supervisión creado en virtud del nuevo instrumento.

Nos encontramos ante una tarea ambiciosa, pero realizable. Un dechado del enfoque de precaución es el Acuerdo para impedir la pesca no reglamentada en alta mar en el Océano Ártico central aprobado por la UE en 2019. Aunque, desde una perspectiva, el logro fue limitado dada “la actual falta de pesca comercial en la CAO combinada con una baja probabilidad de que las pesquerías comerciales se desarrollen allí incluso a largo plazo”, es el primer ejemplo de un acuerdo sobre la conservación de pesquerías creado antes del comienzo de la pesca comercial.¹⁵³ El acuerdo sería jurídicamente vinculante y anticiparía adecuadamente muchos problemas.

En vista de que un tercio de las poblaciones de peces mundiales es sobreexplotada, y la sostenibilidad de las restantes poblaciones peligra, aún queda mucho por hacer, sobre todo cuando tenemos en cuenta la complejidad que conlleva la migración para la conservación y ordenación pesqueras.¹⁵⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- AZEVEDO, R., “Economic Diversification and the Blue Economy - What role for a WTO Fisheries Subsidies Agreement?”, julio de 2019, disponible en: www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra276_e.htm.
- BARANGE, M. *et al.* (eds.), “Impacts of Climate Change on Fisheries and Aquaculture: Synthesis of Current Knowledge, Adaptation and Mitigation Options”, Technical Paper No. 627, Roma, FAO, 2018.
- BINDOFF, N. L. *et al.*, *Changing Ocean, Marine Ecosystems, and Dependent Communities*, IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, 2019.
- BORUNDA, A., “Are Europe’s Historic Fires Caused by Climate Change?”, *National Geographic*, 31 de julio de 2018.

¹⁵³ Schatz, V. J. *et al.*, “The 2018 Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean: A Critical Analysis”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34 núm. 2, 2019, pp. 195-244, DOI: 10.1163/15718085-23342015.

¹⁵⁴ Barange, M., *op. cit.*, p. 40.

- BRANDER, K. M., “Global Fish Production and Climate Change”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 104, 2007.
- BRYNDUM-BUCHHOLZ, A. *et al.*, “Twenty-First-Century Climate Change Impacts on Marine Animal Biomass and Ecosystem Structure across Ocean Basins”, *Global Change Biology*, vol. 25, núm. 2, 2019. DOI: [10.1111/gcb.14512](https://doi.org/10.1111/gcb.14512).
- CADDELL, R., “Precautionary Management and the Development of Future Fishing Opportunities: The International Regulation of New and Exploratory Fisheries”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 33, núm. 1. 2018, DOI: [10.1163/15718085-13310013](https://doi.org/10.1163/15718085-13310013).
- CAMPANA, S. E. *et al.*, “Shifting Fish Distribution in Warming Sub-Arctic Oceans”, *Nature Research*, 10:16448,2020: DOI: [10.1038/s41598-020-73444-y](https://doi.org/10.1038/s41598-020-73444-y).
- CASTILLO MURILLEJO, N. C. y ALVIA PALMA, D. N., *El Mundo marino de Colombia: investigación y desarrollo de territorios olvidados*, Universidad Nacional de Colombia, REMAR, 2003.
- CENTRE FOR CLIMATE AND ENERGY SOLUTIONS, Wildfires and Climate Change (sin fecha), disponible en: <https://www.c2es.org/>.
- CHEUNG W. W. L. *et al.*, “Large Benefits to Marine Fisheries of Meeting the 1.5°C global warming target”, *Science*, vol. 354, núm. 6319, 2016.
- CHEUNG W. W. L. *et al.*, “Large-Scale Redistribution of Maximum Fisheries Catch Potential in the Global Ocean under climate change”, *Global Change Biology*, vol. 16, núm. 1, 2010, DOI: [10.1111/j.1365-2486.2009.01995.x](https://doi.org/10.1111/j.1365-2486.2009.01995.x).
- CONSEJO EUROPEO, Consejo de la Unión Europea, Acuerdos Internacionales de Pesca, disponibles en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fish-stocks/>.
- DIEKERT, F. K. y NIEMINEN, E., “International Fisheries Agreements with a Shifting Stock”, *Dynamic Games and Applications*, vol. 7, 2017.
- DUKES, J. S. y MOONEY, H. A., “Does Global Change Increase the Success of Biological Invaders?”, *Trends in Ecology & Evolution*, vol. 14, núm. 4. 1999.
- EARLE, S., *Sea Change: A Message of the Oceans*, Nueva York, Putnam’s, 1995.
- ENGLANDER, G., “Property Rights and the Protection of Global Marine Resources”, *Nature Sustainability*, vol. 2, 2019. DOI: [10.1038/s41893-019-0389-9](https://doi.org/10.1038/s41893-019-0389-9).

- ESSINGTON, T. E. *et al.*, “Catch shares, Fisheries and Ecological Stewardship: A Comparative Analysis of Resource Responses to a Rights-Based policy instrument”, *Conservation Letters*, vol. 5, núm. 3, 2012, DOI: 10.1111/j.1755-263X.2012.00226.x.
- European Commission (DG Environment) and the Pew Environment Group’s European Marine Programme, Seas at Risk annual conference, *Towards Sustainable European Fisheries: The Double Challenge of Restructuring and Reducing the Fishing Fleet*, Background Paper, Abstracts and Conference Proceedings, 2009.
- FAO, Departamento, Comité de Pesca (COFI) - Departamento de Pesca y Acuicultura, disponible en: <http://www.fao.org/fishery/about/es>.
- FAO, *Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada*, Roma, 2001.
- FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2018—Meeting the Sustainable Development Goals*, Roma, 2018.
- FERNANDES, J. A. *et al.*, “Estimating the Ecological, Economic and Social Impacts of Ocean Acidification and Warming on UK Fisheries”, *Fish and Fisheries*, vol. 18, núm. 3, 2017.
- FIDELMAN, P. I. J. *et al.*, “Unpacking multilevel Adaptation to Climate Change in the Great Barrier Reef, Australia”, *Global Environmental Change*, vol. 23, núm. 4, 2013.
- FREE, C. M. *et al.*, “Realistic Fisheries Management Reforms Could Mitigate the Impacts of Climate Change in Most Countries”, *PLoS ONE*, vol. 15, núm. 3, 2020. DOI: 10.1371/journal.pone.0224347.
- GAINES, S. *et al.*, “The Expected Impacts of Climate Change on the Ocean Economy”, High Level Panel for a sustainable Ocean Economy, World Resources Institute, Washington D. C., 2019.
- GESAMP (IMO/FAO/UNESCO-IOC/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection) and Advisory Committee on Protection of the Sea, A Sea of Troubles, GESAMP Reports and Studies, Report No. 70, UNEP, 2001.
- GRAINGER, C. A. y COSTELLO. C., “The Value of Secure Property Rights: Evidence from Global Fisheries”, *NBER Working Papers núm. 17019*, National Bureau of Economic Research, Inc., 2011.
- GRIP, K., “International Marine Environmental Governance: A Review”, *Ambio*, vol. 46, 2017.

- GULLESTAD, P. *et al.*, “Management of Transboundary and Straddling Fish Stocks in the Northeast Atlantic in view of Climate-Induced Shifts in Spatial Distribution”, *Fish and Fisheries*, vol. 21, núm. 5, 2020. DOI: [10.1111/faf.12485](https://doi.org/10.1111/faf.12485).
- HANNESSON, R., “Zonal Attachment of Fish Stocks and Management Cooperation”, The Norwegian School of Economics, *Fisheries Research*, vol. 140, 2013, DOI: [10.1016/j.fishres.2013.01.001](https://doi.org/10.1016/j.fishres.2013.01.001).
- ICCAT, Report of the Meeting of the Technical and Legal Editing Group of the Contracting Parties, Madrid, España, 28-29 de enero de 2019.
- International Centre for Trade and Sustainable Development, *Fisheries Subsidies Rules at the WTO: A Compilation of Evidence and Analysis*, Geneva: ICTSD, 2018.
- LUHMANN, N., *Law as a Social System*, traducido del alemán por Ziegert, K., Kastner, F. (eds.) *et al.*, Oxford Socio-Legal Studies, 2008.
- MARINE CLIMATE CHANGE IMPACTS PARTNERSHIP, Marine Climate Change Impacts, Report Card 2017.
- MCLAUGHLIN MITCHELL, S. y PRINS, B. C., “Beyond Territorial Contiguity: Issues at Stake in Democratic Militarized Interstate Disputes”, *International Studies Quarterly*, vol. 43, núm. 1, 1999.
- MESSENGER, G., “El Rol de Derecho Internacional Dentro del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017.
- MILLER, K. A., y MUNRO, G. R., “Climate and Cooperation: A new Perspective on the Management of Shared Fish Stocks”, *Marine Resource Economics*, vol. 19, núm. 3, 2004.
- MILLER, T. J. *et al.*, “Scientific Considerations Informing Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act Reauthorization”, *Fisheries Magazine (AFS)*, vol. 43, núm. 11, 2018.
- MORLEY, J. W. *et al.*, “Projecting shifts in thermal habitat for 686 Species on the North American Continental Shelf”, *PLOS ONE*, 2018, vol. 13, núm. 5, DOI: [10.1371/journal.pone.0196127](https://doi.org/10.1371/journal.pone.0196127).
- MORRIS, C., “Brexit trade deal: What does it mean for fishing?”, BBC Reality Check, 4 de septiembre de 2020.
- MUHLING, B. A. *et al.*, “Past, Ongoing and Future Research on Climate Change Impacts on Tuna and Billfishes in the Western Atlantic”, Collective Volume of Scientific Papers, ICCAT, vol. 71, núm. 4, 2015.

- OCCHIPINTI-AMBROGI, A., “Marine Alien Species as an Aspect of Global Change”, *Advances in Oceanography and Limnology*, vol. 1, núm. 1, 2010, DOI: [10.1080/19475721003743876](https://doi.org/10.1080/19475721003743876).
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), *The Ocean Economy in 2030*, Paris: OECD Publishing, 2016.
- OECD, “Support to fisheries: Levels and Impacts”, *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, No. 103, OECD Publishing, París, 2017. DOI: [10.1787/00287855-en](https://doi.org/10.1787/00287855-en).
- OJEA, E. *et al.*, “Fisheries Regulatory Regimes and Resilience to Climate Change”, *Ambio*, vol. 46, núm. 4, 2017, DOI: [10.1007/s13280-016-0850-1](https://doi.org/10.1007/s13280-016-0850-1).
- ONU, Intergovernmental Conference on Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction, (General Assembly resolution 72/249), disponible en <https://www.un.org/bbnj/>.
- OREMUS, K. L. *et al.*, “Governance Challenges for Tropical Nations Losing Fish Species Due to Climate Change”, *Nature Sustainability*, 2020, vol. 3, núm. 4, 2020. DOI: [10.1038/s41893-020-0476-y](https://doi.org/10.1038/s41893-020-0476-y).
- OSMAN, M. B. *et al.*, “Industrial-era Decline in Subarctic Atlantic Productivity”, *Nature*, vol. 569, 2019, disponible en: <https://www-nature-com.bucm.idm.oclc.org/articles/s41586-019-1181-8>.
- PALACIOS-ABRANTES *et al.*, “The Transboundary Nature of the World’s Exploited Marine Species”, *Scientific Reports*, vol. 10, núm. 17668, 2020. DOI: [10.1038/s41598-020-74644-2](https://doi.org/10.1038/s41598-020-74644-2).
- PAOR, R. de., “Climate Change and Arbitration: Annex Time before there won’t be a Next Time”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, núm. 1, 2017, DOI: [10.1093/jnlids/idw025](https://doi.org/10.1093/jnlids/idw025).
- PARSONS, P. A., “Migration as a Factor in Natural Selection”, *Genetica*, vol. 33, núm. 1, 1963.
- PINSKY, M. *et al.*, “Preparing Ocean Governance for Species on the Move”, *Science*, 2018, vol. 360, núm. 6394, 2018.
- PLAGANYI, E. E. *et al.*, “Assessing the Adequacy of Current Fisheries Management Under Changing Climate: A southern Synopsis”, *ICES Journal of Marine Science: Journal du Conseil*, 68, 2011.
- POLOCZANSKA, E. S. *et al.*, “Global Imprint of Climate Change on Marine Life”, *Nature Climate Change*, vol. 3, núm. 10, 2013. DOI: [10.1038/NCLIMATE1958](https://doi.org/10.1038/NCLIMATE1958).

- PORTNER, H. O. *et al.* (eds.), “Summary for Policymakers” en *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 2019.
- RAMIREZ, F. *et al.*, “Climate impacts on global hot spots of marine biodiversity”, *Science Advances*, vol. 3, núm. 2, 2017, DOI: [10.1126/sciadv.601198](https://doi.org/10.1126/sciadv.601198).
- Recueil des Sentences Arbitrales, vol. XXI, disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/265-341.pdf.
- RUSSELL, D. A. y VANDERZWAAG, D. L. (eds.), *Recasting Transboundary Fisheries Management Arrangements in Light of Sustainability Principles—Canadian and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, Legal Aspects of Sustainable Development Series, vol. 8.
- SANDS, P. y PEEL, J., *Principles of International Environmental Law*, 4a. ed, Cambridge University Press, 2018.
- SCHATZ, V. J. *et al.*, “The 2018 Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean: A Critical Analysis”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, núm. 2, 2019, DOI: [10.1163/15718085-23342015](https://doi.org/10.1163/15718085-23342015).
- SCHATZ, V., “Fishing for Interpretation: The ITLOS Advisory Opinion on Flag State Responsibility for Illegal Fishing in the ZEE”, *Ocean Development & International Law*, vol. 47, núm. 4, 2016.
- SERDY, A., *The New Entrants Problem in International Law*, Cambridge University Press, 2016.
- SOTO, D. *et al.*, *Consecuencias del cambio climático para la pesca y la acuicultura*, FAO, 2012.
- SPIJKERS, J. y BOONSTRA, W. J., “Environmental change and social conflict: the northeast Atlantic mackerel dispute”, *Regional Environmental Change*, vol. 17, 2017.
- TAPIA JOPIA, C., *Manual práctico para la pesca artesanal y la acuicultura de pequeña escala en Chile*, Centro de Estudios de Sistemas Sociales, FAO, 2021.
- THORSON, J. T. y MINTO, C., “Mixed Effects: a Unifying Framework for Statistical Modelling in Fisheries Biology”, *ICES Journal of Marine Science*, vol. 72, núm. 5, 2015, DOI: [10.1093/icesjms/fsu213](https://doi.org/10.1093/icesjms/fsu213).
- UN CLIMATE CHANGE, “What do adaptation to climate change and climate change resilience mean?”, sin fecha, disponible en: <https://unfccc.int/topics/adaptation-and-resilience/the-big-picture/what-do-adaptation-to-climate-change-and-climate-resilience-mean>.

- VAN DAMME, I., “Reflections on the WTO Negotiations on Prohibiting IUU Fishing Subsidies”, *Global Subsidies Initiative Policy Brief*, The International Institute for Sustainable Development, 2020.
- VON SCHUCKMANN, K. *et al.*, “Copernicus Marine Service Ocean State Report”, núm. 4, *Journal of Operational Oceanography*, 2020, DOI: [10.1080/1755876X.2020.1785097](https://doi.org/10.1080/1755876X.2020.1785097).
- YOUNG, M. A., *Trading Fish, Saving Fish: The Interaction between Regimes in International Law*, Cambridge University Press, 2011.
- ZUÑIGA, D. *et al.*, “Migration Confers Winter Survival Benefits in a Partially Migratory Songbird”, *eLife*, vol. 6, 2017, disponible en: <https://doi.org/10.7554/eLife.28123.001>.

Um novo paradigma jurídico e epistemológico como resposta aos novos desafios apresentados pelo Antropoceno ao direito ambiental internacional

*Un nuevo paradigma jurídico y epistemológico
como respuesta a los nuevos desafíos presentados
por el Antropoceno al derecho ambiental
internacional*

*Un nouveau paradigme juridique
et épistémologique en réponse aux nouveaux défis
posés par l'Anthropocène au droit international
de l'environnement*

Flávia Alvim de Carvalho*

José Luiz Quadros de Magalhães**

* Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9578-1265>, alvimdecarvalho.advocacia@gmail.com.

** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1366-7122>.

Artículo recibido el 15 de febrero de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 45-70
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, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II *A insustentabilidade antropocêntrica e o novo paradigma jurídico ecocêntrico aplicado, sob o viés crítico, ao direito ambiental internacional*. III. *A complexidade como paradigma epistemológico e ecológico de justiça*. IV. *Natureza e reconhecimento pelo direito: exemplos por parte do “Sul-Global”*. V. *Considerações finais*. VI. *Referências*.

RESUMO: O presente trabalho almeja apresentar, por meio de revisão crítica de literatura, breves reflexões sobre o Sistema Mundo Moderno e os desafios postos pelo Antropoceno ao universo jurídico, em especial ao direito internacional em matéria ambiental. São analisadas outras alternativas ecocêntricas, epistemológicas e decoloniais, que permitam ao direito proteger a natureza priorizando o equilíbrio entre a civilização e os ecossistemas da Terra. O respeito pela integralidade ecológica, a autodeterminação dos povos e a ideia de equidade se relacionam e se fortalecem à medida que a diversidade e a complexidade dão origem a modelos de Estado ecocêntricos e plurais. Dessa forma, o texto pretende analisar de maneira crítica, as limitações do racionalismo jurídico e o despertar de um novo paradigma ecocêntrico como resposta às desigualdades e à herança do colonialismo europeu, que ao negar o “Outro”, ameaça tudo aquilo que considera diferente do seu “eu”.

Palavras-chave: Ecocêntrismo, complexidade, justiça, direito ambiental internacional.

RESUMEN: Este trabajo pretende presentar, a través de una revisión bibliográfica crítica, breves reflexiones sobre el Sistema Mundial Moderno y los desafíos que plantea el Antropoceno al universo jurídico, especialmente al derecho ambiental internacional. Se analizan otras alternativas ecocéntricas, epistemológicas y decoloniales que permiten al derecho proteger la naturaleza priorizando el equilibrio entre la civilización y los ecosistemas de la tierra. El respeto a la integridad ecológica, la autodeterminación de los pueblos y la idea de equidad se relacionan y refuerzan a medida que la diversidad y la complejidad dan lugar a modelos de Estado ecocéntricos y plurales. De este modo, el texto pretende analizar críticamente las limitaciones del racionalismo jurídico y el despertar de un nuevo paradigma ecocéntrico como respuesta a las desigualdades y a la herencia del colonialismo europeo que, al negar al “otro”, amenaza todo lo que considera diferente a su “yo”.

Palabras clave: Ecocentrismo, complejidad, justicia, derecho ambiental internacional.

RÉSUMÉ: Cet article vise à présenter, par le biais d’une revue critique de la littérature, de brèves réflexions sur le système mondial moderne et les défis posés par l’Anthropocène à l’univers juridique, en particulier au droit international de l’environnement. Il analyse d’autres alternatives écocentriques, épistémologiques et décoloniales qui permettent au droit de protéger la nature en donnant la priorité à l’équilibre entre la civilisation et les écosystèmes de la Terre. Le respect de l’intégrité écologique, l’autodétermination des peuples et l’idée d’équité sont liés et renforcés à mesure que la diversité et la complexité donnent naissance à des modèles d’État écocentriques et pluriels. Le texte vise ainsi à analyser de manière critique les limites du rationalisme juridique et l’éveil d’un nouveau paradigme écocentrique comme réponse

aux inégalités et à l'héritage du colonialisme européen qui, en niant l'«Autre», menace tout ce qu'il considère différent de son «soi».

Mots clés: Ecocentrisme, complexité, justice, droit international de l'environnement.

I. INTRODUÇÃO

Vivemos um momento de transição forçada. Mesmo que não queiramos, os caminhos trilhados pela humanidade no decorrer do período moderno, quando se construiu o primeiro sistema mundo, chamado colonial, não se sustenta mais. A gravidade do momento que vivemos é, entretanto, maior, pela falta de compreensão do que está acontecendo por uma parcela imensa da humanidade, especialmente por parte daqueles que se encontram exercendo os poderes políticos e econômicos e, logo, detêm o controle sobre a comunicação global e a construção de sentidos, ideologias e valores hegemônicos.

Podemos parecer ingênuo afirmarmos que as pessoas que se encontram no mega poder global não sabem o que estão fazendo. Contudo uma hipótese pode ser levantada para possível comprovação: o sistema mundo colonial moderno nos trouxe até um momento de extrema complexidade, onde um gigantesco sistema de relações sociais, culturais, econômicas, políticas e comerciais funciona de forma acelerada em meio a novos mecanismos de busca por hegemonias que, por meio de guerras híbridas, confundem, proposadamente, a compreensão do mundo, seu sentido e sua possibilidade de controle. Em outras palavras, ninguém, nenhuma potência militar, econômica e financeira, nenhuma organização internacional ou nacional, nenhum movimento social global ou local têm, hoje, a possibilidade de parar a máquina em movimento ultra acelerado ou mudar seu rumo. Estamos todos aprisionados dentro da máquina moderna, inclusive os que aparentemente detêm o seu controle.

O desafio que se apresenta, novamente, é o que fazer e como fazer. O que fazer talvez seja mais fácil, construir algo completamente diverso, respeitando o equilíbrio necessário ao bom funcionamento dos ecossistemas da Terra, ou seja, abandonar imediatamente o sistema mundo colonial moderno de hiperconsumo e acelerada exploração da natureza. O que parece difícil é responder como fazer.

Se é difícil sabermos o que estamos fazendo e para onde vamos, por estarmos mergulhados em uma percepção autopoietica que não se resume, é claro, a uma racionalidade específica, mas que está mergulhada em turbilhões de sensações e sentidos que condicionam nossa percepção, não sabemos, também, quais são os meios de parar ou desviar essa máquina de proporções gigantescas e incrivelmente acelerada.

A questão, entretanto, ocorre dentro de nossos corpos, diz respeito à nossa percepção da vida e pode se resumir a um acontecimento dentro de nós mesmos e à nossa relação com a Natureza, logo, com a vida. Qual acontecimento será capaz de mudar nossa percepção da vida e nos mobilizar em torno da construção de um outro mundo urgente e possível? Neste artigo vamos pensar sobre o Sistema Mundo Moderno, procurando pistas para entender a construção da racionalidade moderna, individualista e competitiva que nos trouxe até aqui. Compreender é o primeiro passo para transformar, de forma radical, nossa relação com o “Outro” e com o todo do qual somos partes e, assim, alcançar novos direitos, equilíbrio e entendimentos plurais de justiça.

II. A INSUSTENTABILIDADE ANTROPOCÊNTRICA E O NOVO PARADIGMA JURÍDICO ECOCÊNTRICO APLICADO, SOB O VIÉS CRÍTICO, AO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O termo Antropoceno ganhou repercussão internacional quando o químico atmosférico Paul Crutzen o utilizou afirmando que as mudanças ocasionadas no mundo (*Earth System*¹), pelo ser humano, não mais nos permitem permanecer no Holoceno, provocando a adesão de comunidades científicas das mais diversas áreas ao termo e debates, no âmbito da geologia, sobre a compreensão do atual estágio geológico do planeta Terra.

O Antropoceno ou “Era da Solidão”,² reflete a posição de centralidade do ser humano em relação ao todo, restando à natureza, subjugada pela pers-

¹ Steffen e Rockstrom esclarecem que “*Earth System Science*”, é um sistema transdisciplinar destinado a compreender o funcionamento da Terra como um sistema complexo e adaptativo; alcança novos conceitos e estruturas centrais para o discurso da mudança global, do Antropoceno e limites planetários. Steffen, W. *et al.*, “The Emergence and Evolution of Earth System Science”, *Nat Rev Earth Environ* 1, 2020, pp. 54-63.

² O biólogo Eduard Wilson, se refere às marcas de destruição deixadas pelo ser humano no planeta, que nos conduzem ao que os poetas e cientistas podem chamar de “*Age of Loneli-*

pectiva econômica e técnica da modernidade mecanicista, a condição de propriedade, objeto, matéria —prima. Para Faccendini, esta corrente remete à concepção de que a natureza não passa de um grande *stock* a serviço da humanidade, como se estivéssemos em um *shopping* ou supermercado, onde podemos nos servir à vontade, nos preocupando, unicamente, com as necessidades de nossa espécie.³ O pensamento antropocêntrico, portanto, é aquele que considera o homem como núcleo de um sistema— mundo, ao redor do qual orbitam os demais seres submetidos ao império da razão e ao individualismo. Essa filosofia de cunho cartesiano e espírito colonizador, alicerce da hierarquia entre “o senhor e o escravo”, da alienação do ser humano pela exploração do trabalho, onde tudo é passível de apropriação, divisibilidade e atribuição de valor (mercadoria), é a mesma que justifica a coisificação da natureza. “*Cogito, ergo sum*”, este é o pensamento ocidental que serve de alimento ao ego para colonização do “Outro”, humano ou não. Suas consequências são violência, ausência de alteridade e segregação.

A modernidade, representada por homens brancos, proprietários e ricos, procura conhecer as leis da natureza para dominá-la, como um objeto que conta apenas com corpo físico, desprovido de espírito e por isso comparado às máquinas. O objetivo da ciência moderna, não reside em conhecer o mundo, mas em fabricar um outro mundo que atenda a essa visão dicotômica, que tenta impor a lei dos homens às leis da natureza.⁴ Esse distanciamento da “teia da vida”,⁵ ou seja, a separação do *homo sapiens* do contexto histórico-natural do planeta, enquanto método e artifício do pensamento moderno, representa uma relação de poder que almeja garantir por meio da dominação do “Outro” e da instrumentalização da natureza, a alienação e a incorporação de uma “liberdade negativa”⁶ ou

ness” ou “Era da Solidão”. Wilson, Edward O, *Half-Earth: our Planet’s Fight for Life*, New York, Liveright, 2016.

³ Faccendini, Aníbal I., *La nueva humanización del agua: una lectura desde ambientalismo inclusivo*, Buenos Aires, CLASCO, Livro Digital, 2019.

⁴ OST, François, *A Natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*, Lisboa. Instituto Piaget, 1995.

⁵ Capra, Fritjof, *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, tradução de N. R. Eichenberg, São Paulo, CULTRIX, 1996.

⁶ Honneth trabalha o conceito de liberdade pressupondo que a ideia mais importante de liberdade é aquela que inclui a dependência dos outros. Afirma que a experiência de ser livre em cooperação com os outros é negligenciada quando o mercado estabelece um conceito de liberdade reduzido à “liberdade negativa”, ou seja, “Eu posso comprar coisas” ou “Sou livre

“liberdades estabelecidas”, mantidas pela prática do consumo, facilitadoras da concentração de riquezas, da propriedade privada, dos submundos ou “subcidadanias”.⁷

A atual crise ambiental, decorrente do processo de Grande Aceleração, exploração e extrativismo, sustentado pelos discursos filosóficos, jurídicos e econômicos da modernidade, necessita de enfrentamento proporcional aos os riscos sociais e ecológicos produzidos pelo *homo technicus* e *homo economicus*, ambos a serviço do proprietário, do “sujeito de direitos”, do “homem moderno” e do capitalismo. Ulrich Beck, define risco como “el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizadas”.⁸ Para Beck, os sucessos e os fracassos da humanidade desafiam nossa forma de estar no mundo, de pensar sobre o mundo e de fazer política;⁹ as crises ecológicas eliminam as fronteiras do tempo e do espaço; os perigos essenciais tornam-se mundiais e a preocupação com o todo não é mais uma opção, mas uma *conditio* na sociedade de risco mundial.¹⁰

O líder indígena e escritor brasileiro Ailton Krenak, ressalta a gravidade de deixarmos uma marca tão pesada no planeta a ponto de configurar uma era (Antropoceno) e afirma que tal fato “deveria soar como um alarme nas nossas cabeças”,¹¹ já que seus efeitos podem permanecer mesmo quando não estivermos mais aqui. Para o ambientalista, isso significa o esgotamento das fontes de vida; demonstra estarmos diante da exclusão do que não se

para sair do mercado ou entrar nele e dentro dele realizo minhas formas privadas e egocêntricas de liberdade”; “liberdades estabelecidas”. A liberdade passa a ser vivida como algo inerente à existência do consumidor. Outro ex. seria a democracia política quando reduzida ao voto. *Incertezas Críticas* Axel Honneth, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=V-V_OtspEvrY (acesso 6 de novembro de 2020).

⁷ Jessé Souza, em sua obra “A Construção Social da Subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica”, desenvolveu estudos sobre o processo de modernização periférica e a constituição de uma “ralé estrutural”; examinou “a formação de um padrão especificamente periférico de cidadania e subcidadania.

⁸ Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, tradução de Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002, p. 5.

⁹ Beck, Ulrich, *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*, tradução de M. L. X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

¹⁰ Beck, Ulrich, *A sociedade de risco mundial...*, cit., pp. 40-50.

¹¹ Krenak, Ailton, *Ideias para adiar o fim do mundo*, São Paulo. Companhia das Letras, 2019, p. 23.

íntegra ao mundo da mercadoria e de “uma humanidade que exclui todas as outras e todos os outros seres”.¹²

Para Sarlet e Fensterseifer, diante do atual “estado ambiental planetário”, uma nova compreensão jurídica quanto aos direitos da natureza, capaz de se dissociar da “tradição filosófica moderna antropocêntrica de matriz cartesiana”, se faz necessária e pressupõe um novo paradigma jurídico ecocêntrico como resposta aos desafios trazidos pelo Antropoceno ao Direito Ambiental contemporâneo.¹³

Uma crise de paradigmas, conforme Kuhn, provoca mudanças conceituais e procedimentais por evidenciar anomalias que conduzem determinado campo do saber a novos compromissos e novas bases científicas, conforme se demonstra a seguir:

De forma muito semelhante (ao que ocorre nas revoluções políticas), as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma... o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.¹⁴

Paradigma jurídico ecocêntrico, se contrapondo ao direito tradicional clássico, propõe uma alteração ontológica da nossa compreensão da natureza e, conseqüentemente, do nosso relacionamento com ela. O homo sapiens, de acordo com essa visão, “abandona sua postura de conquistador e degradador irresistível e assume seu papel de membro pleno e cidadão de uma comunidade ampliada, a Natureza”.¹⁵

Enquanto tipo de racionalidade, o ecocêntrismo, é adotado pela corrente que defende, por uma abordagem crítica, a ecologização do direito. Para o Direito Ecológico, o pluralismo está presente tanto em âmbito político quanto jurídico, a Natureza antes tida como recurso, passa a ser reconhe-

¹² *Idem.*

¹³ Sarlet, Ingo W., Fensterseifer, Tiago, *Curso de direito ambiental*, São Paulo. Editora FORTINCE/GEN, 2020.

¹⁴ Kuhn, T. S., *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, *Perspectiva*, 1997, p. 126.

¹⁵ Benjamin, Antônio Herman, “A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso”, *Revista da UFC*, 2011, p. 94.

cida como sujeto de derechos, a responsabilidad prioriza a prevención e a precaución e a lógica do capital é substituída pelo desenvolvimento sustentável, pela lógica dos comuns.¹⁶

Capra e Mattei, demonstram que armadilhas cartesianas cercam o ordenamento jurídico de tal maneira que uma mudança profunda (*deep ecology*) na compreensão do ser humano, enquanto parte indissociável da natureza, é fundamental para resgatar valores centrais do direito, permitindo uma “revolução ecolegal” no sistema jurídico.¹⁷

A fundamentação ética do Direito Ambiental Internacional exerce influência não só sobre direitos e deveres, como, também, sobre políticas e interesses. Caminhar para uma Nova Era que assegure a integridade do sistema planetário e fortaleça democracias requer uma ética ecológica e participativa que ab-rogue a postura predatória capitalista, regulamente os padrões de qualidade ambiental e promova a evolução dos princípios que fundamentam a Declaração Mundial do Estado de Direito Ecológico, garantindo direitos ambientais procedimentais¹⁸ e a efetivação dos compromissos assentidos por atores internacionais, após debates ocorridos de forma transdisciplinar, em 2016 no Rio de Janeiro.

O combate à opressão e à dominação, é condição *sine qua non* para a emancipação dos direitos humanos enquanto resultados provisórios de lutas sociais, algo comum em países desiguais, que se contrapõem aos contextos impostos, impróprios e opostos à neutralidade, à universalidade e à simplificação. Como um “gênero inconformista”,¹⁹ o pensamento crítico, não se alia ao empiricamente dado ou posto e se contrapõe à ideia de que os direi-

¹⁶ Leite, José Rubens Morato, Silveira, Paula Galbiatti, A ecologização do Estado de direito: uma ruptura ao direito ambiental e ao antropocentrismo vigentes, in: Leite, José Rubens Morato (coord.), *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 101.

¹⁷ Capra, F, Mattei, U. *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Okland, CA: Berrett-Koehler, 2015.

¹⁸ Direitos Ambientais Procedimentais segundo Bosselmann, estão relacionados à democracia e à participação. Este tipo de direito visa a transparência, a responsabilização e a participação nos procedimentos decisórios, parecendo reforçar as preocupações com a sustentabilidade ecológica. Bosselmann, Klaus, “Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade”, *Revista Cedoua*, ano XI, núm. 21, 2008, pp. 1-11.

¹⁹ Sánchez Rubio, David, “Ciencia-ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos”, *Revista Praxis*, núm. 65-64, 2010, pp. 51-72.

tos humanos se concretizam pela sua positivação, descontextualização ou a-historicidade. Essa visão da complexidade colabora para a análise e condução dos limites planetários e dos riscos. A junção da ecologia ao direito, pressupõe a abertura a métodos científicos transdisciplinares e sistêmicos, que não negam o desconhecido e as incertezas.

A diminuição da camada de ozônio, as mudanças climáticas, a perda de biodiversidade, a contaminação dos solos, a acidificação dos oceanos, as queimadas, o extermínio dos povos originários, as enchentes, os rompimentos de barragens, a falta de água potável, assim como as pandemias são alguns exemplos que evidenciam a relação de dependência do ser humano em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à Natureza. Juridicamente, podemos afirmar que “os Direitos Humanos se interpretam e realizam em um contexto ecológico, do qual seus titulares não podem se dissociar”.²⁰

O direcionamento ecocêntrico do Direito Internacional em matéria ambiental pressupõe uma lente sistêmica e crítica como instrumento jurídico de interpretação da sociedade e proteção dos ecossistemas da Terra, considerando seu valor intrínseco. O alcance de mudanças conceituais e procedimentais, assim como o preenchimento de lacunas legais se apresentam como verdadeiros desafios, postos pelo Antropoceno, ao universo jurídico.

III. A COMPLEXIDADE COMO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO E ECOLÓGICO DE JUSTIÇA

Edgard Morin²¹ trata o problema do conhecimento como um desafio, à medida que o conhecimento do todo só é possível quando se compreende as partes e estas, por sua vez, não podem ser conhecidas sem o conhecimento do todo. Essa é a base crítica do pensamento complexo que propõe a superação da dualidade, da simplicidade e da neutralidade adotadas pela modernidade para compreender de forma transdisciplinar o fenôme-

²⁰ Cavedon-Capdeville, Fernanda de Salles, Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: aportes jurisprudenciais, in: Leite, José Rubens Morato (coord.), *A ecologização do direito ambiental vigente, Rupturas necessárias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 235, in: Leite, José Rubens Morato (coord.), *A ecologização do direito ambiental vigente...*, cit.

²¹ Morin, Edgar, “Da necessidade de um pensamento complexo”, tradução de Juremir Machado da Silva, *Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura*, Porto Alegre, Sulina/EDIPUCRS, 2000.

no, como conjunto organizado de partes. “Ao negar tudo que é complexo (ou o que escapa ao seu método), Descartes acaba por mutilar a realidade e, conseqüentemente, deformá-la. A busca pelo indubitável se transforma no fechamento de possibilidades do pensamento”.²² O modelo racionalista cartesiano, diante da incapacidade de considerar o contexto e o complexo, produz inconsciência e irresponsabilidade; não é um modelo racional, mas racionalizador.²³

Hodiernamente, pensar o Direito enquanto fonte de produção de conhecimento em busca de ideais de Justiça, pressupõe pensar sobre uma realidade multidimensional, considerando como as ações humanas afetam a existência em suas diversas formas. Fraser,²⁴ ao tratar o reconhecimento como uma questão de justiça por meio do modelo de *status* social, evitando a psicologização, demonstra que reivindicações antiecologistas, por esta perspectiva, violam os padrões deontológicos de paridade participativa. A globalização da crise ecológica torna inevitável a junção da complexidade à ecologia, provocando uma guinada epistemológica rumo a uma necessária mudança de paradigma, que nos possibilite encontrar meios de navegar em um futuro incerto, elevando nossa esperança e enfrentando nossas incertezas.²⁵

A análise da imprevisibilidade decorrente dos efeitos das ações humanas, rompe com o paradigma reducionista e determinista da modernidade, abrindo campo para a teoria crítica e para o pensamento complexo, comprometidos com os Direitos Humanos, com os Direitos da Natureza e com a promoção da Justiça.

Em “busca da segurança perdida”,²⁶ é crucial superar o oportunismo que trouxe vitórias à modernidade e enfrentar as vulnerabilidades sociais (e suas origens), presentes nas desigualdades globais face ao risco, visando impedir ameaças existenciais. Nesse cenário, apresentam-se discussões acerca de novos tipos penais internacionais, como o ecocídio, por colocar em risco não só a fruição pacífica de um grupo em determinado território, mas,

²² Gontijo, Lucas de Alvarenga, *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico - pragmática*, 2a. ed., Belo Horizonte, Editora D’Placido, 2019, p. 96.

²³ Morin, Edgar, *op. cit.*

²⁴ Fraser, Nancy, “Reconhecimento sem ética?”, *Revista Lua Nova*, São Paulo, núm. 70, 2007, pp. 101-138.

²⁵ Morin, Edgar, *op. cit.*

²⁶ Beck, Ulrich, *A sociedade de risco mundial...*, *cit.*

também, o futuro da comunidade internacional como um todo. Seu reconhecimento jurídico soa como uma garantia às gerações futuras e proteção à natureza, contra atos praticados por nós mesmos; o contrário alcançaria a esfera do injusto, pois, de forma geral, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” e nem mesmo aos sócios é conferida (pelo menos inicialmente) a responsabilidade pelas dívidas assumidas pela empresa. Eco vem do grego “*oikos*” e significa casa, habitat; *cídio* ou “*caedo*”, provém do latim e significa “fazer cair”,²⁷ matança, sacrifício de vítimas, vender em hasta pública, ou seja, destruir. Nada mais elucidativo e educativo do que a etimologia, no auxílio à compreensão e transformação do humano universo ético e jurídico.

Discussões como essas, ultrapassam o sentido de degradação ambiental e alcançam temas inter-relacionados, complexos, como o sentido e o alcance da dignidade para além da pessoa humana e a dimensão ecológica desta, tal qual as lutas por inclusão, por participação nas decisões ambientais, pelas demarcações de territórios naturalmente pertencentes aos povos originários e o preenchimento de lacunas para proteção daqueles que cruzam fronteiras em busca de segurança em função de desfavoráveis condições climáticas. Cenários como os descritos ilustram lutas por justiça (diante de um contexto histórico-ambiental de injustiças e violência estrutural).

Bullard desenvolve o conceito de justiça ambiental elucidando que o paradigma da justiça ambiental possui abordagem holística e que para impedir a sujeição de comunidades a exposições diferenciadas e proteção desigual é necessário a criação de uma estrutura capaz de eliminar condições e decisões injustas, parciais e iníquas, o que traz à baila “questões éticas e políticas sobre quem possui o quê, quando, como e quanto”.²⁸

Gould, no mesmo sentido, defende que a distribuição dos riscos ambientais, como consequência das economias capitalistas, são desiguais à medida que os benefícios econômicos da produção se concentram nas camadas mais altas do sistema de estratificação, enquanto os riscos gerados pela produção são suportados pelas camadas inferiores do sistema de estratificação.²⁹

²⁷ Sariva, F. R. dos Santos, *Dicionário Latino-Português: etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, etcétera*, 11a. ed., Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 2000, p. 164.

²⁸ Bullard, Robert, “Enfrentando o racismo ambiental no século XXI”, in Acselrad, Henri; *et al.*, *Justiça ambiental e cidadania*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2004, pp. 47 y 48.

²⁹ Gould, Kenneth A., *Classe social, Justiça ambiental e conflito político*, in Acselrad, Henri *et al.*, *Justiça ambiental e cidadania...*, *cit.*, p. 70.

A contaminação da água, do solo e do ar por efluentes industriais tóxicos e suas consequências negativas sobre a saúde humana, impacta desproporcionalmente trabalhadores e desempregados, ao passo que proprietários, dirigentes e investidores podem usar a riqueza ganha da produção para comprar moradias em áreas ambientalmente seguras... A distribuição de poder nas unidades de produção reflete a distribuição da riqueza, mas está inversamente relacionada à distribuição do risco ambiental. Como resultado, aqueles com poder de fazer com que mudanças pró-meio ambiente ocorram são o grupo menos provável de perceber a necessidade de fazê-lo. E aqueles que têm mais probabilidade de perceber como necessárias tais mudanças pró-ambientais são os que têm menos poder para efetua-las.³⁰

Giménez elucida que no caminho para a justiça global encontramos a justiça climática, ecológica e ambiental e demonstra que reduzir complexidades e simplificar o sistema não é a melhor maneira de superar a crise de eficácia e de legitimidade do ordenamento jurídico, uma vez que o direito é um fenômeno social e sua legitimidade está nas faculdades humanas e nos processos de emancipação social e cidadania:

Los problemas de justicia que plantea el Antropoceno contribuye al desarrollo de las nuevas teorías de la justicia en curso (Upendra Baxi (2016): la teoría de la justicia climática (TCJ), la teoría de la justicia ecológica (TEJ) y la teoría de la justicia global (TGJ). Hay una justicia de acuerdo con la ley (legalidad) y una justicia detrás de la ley, por encima de ella (legitimidad). La justicia detrás de la ley es la que nos ayuda a repensar la ley y la política. En la política global que imponen los Estados y las instituciones y organizaciones internacionales es infrecuente el fenómeno del análisis medioambiental, sin embargo, sí está presente en la conciencia ciudadana, las protestas de la sociedad civil, y los movimientos sociales de resistencia.³¹

Assim, desafiando padrões teóricos clássicos, movimentos por justiça ambiental que, inicialmente, combatiam as contaminações tóxicas e o ra-

³⁰ *Ibidem*, p. 70 y 71.

³¹ Giménez, Teresa Vicente, “Justicia ecológica en la era del Antropoceno”, *Introducción a la problemática de las basuras marinas. Por un mar libre de residuos*, Universidad Politécnica de Cartagena, Campus Mare Nostrum, Asociación Ambiente Europeo, 21 de febrero de 2017, disponível em: file:///C:/Users/fauna/Documents/ARTIGOFUTURELAW/Teresa-Vicente-JUSTICIA-AMBIENTAL-ATROPOCENO_Teresa-Vicente.pdf, acesso em: 30 de novembro de 2020).

cismo ambiental, deram luz a entendimentos plurais de justiça, alargando a sua concepção e oferecendo motivos para profundas mudanças legislativas. A abordagem do conceito de justiça pela perspectiva ecológica, propõe uma compreensão ampla que, segundo Schlosberg, engloba em seu conceito distribuição, reconhecimento, participação e capacidade, havendo uma íntima relação de cada um dos elementos com os demais e aplicabilidade às relações humanas com as diferentes formas de vida.³²

IV. NATUREZA E RECONHECIMENTO PELO DIREITO: EXEMPLOS QUE PARTEM DO “SUL-GLOBAL”

Parece loucura querer que a natureza tenha direitos. Em compensação, parece normal que as grandes empresas dos EUA desfrutem de direitos humanos, conforme foi aprovado pela Suprema Corte, em 1886.³³

Construir uma nova base epistemológica, filosófica, conceitual e principiológica que abandone o precedente socrático de que apenas matérias relativas ao universo humano podem alcançar a moral e desenvolver uma racionalidade ecológica, com o objetivo de construir uma crítica jurídico-ambientalista imbuída de alteridade e capaz de reconhecimento é mecanismo que vem sendo adotado por países do “Sul-Global”.³⁴

Martínez e Acosta³⁵ lembram que a essência do direito é emancipadora e a luta pelo reconhecimento do direito de ter direitos envolve a estipulação de limites à exploração, assim como a possibilidade de pensar sobre direitos

³² Schlosberg, D., *Defining Environmental Justice: Theories, Movements and Nature*, Oxford University Press, 2007.

³³ Galeano, Eduardo, *A natureza não é muda*, tradução de Naila Freitas, disponível em: http://sistema.app.com.br/portalapp/uploads/opiniao/texto_galeano.pdf (acesso em 20 de novembro de 2020).

³⁴ O conceito de Sul não se refere precisamente à geografia, é uma metáfora à opressão humana causada pelo colonialismo, capitalismo e patriarcado; simboliza a resistência a essas formas de opressão (Santos, 2009).

³⁵ Acosta, A. y Martínez, E., “Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a outro mundo posible”, *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 08, núm. 4, 2017, pp. 2927-2961.

desconhecidos, como os direitos da Natureza que tem sido vítima de severas simplificações, também, em âmbito jurídico. No mesmo sentido, Milaré defende que pelo fato de alguns integrantes do ecossistema planetário não serem capazes de assumir deveres e reivindicar direitos de forma direta e não contando a ciência com poder de coação, é essencial a tutela, pelo Direito, do ecossistema planetário.³⁶

A Constituição do Equador de 2008 e a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009, refletem um aspecto cultural importante, pois são oriundas da cosmovisão dos povos originários da América Latina e revelam seu aspecto plural, que rompe com a uniformização hegemônica moderna ocidental e com o monismo europeu. Ao alterarem suas constituições, esses países “do lado de lá da linha”,³⁷ apresentam uma nova forma de cidadania, amparada pela diversidade e pela harmonia do agir humano com a *Pacha Mama*,³⁸ analisando o contexto e a complexidade da vida. Esses são seus preceitos básicos para transformar a realidade e alcançar o *buen vivir* ou *vida buena*,³⁹ repensando o direito e a justiça.

Boaventura de Souza Santos afirma que “as formas de pensamento não-ocidental têm sido tratadas de um modo abissal pelo pensamento ocidental”.⁴⁰ Linhas visíveis e invisíveis fundamentam um sistema de distinções que divide a realidade social entre os que se inserem “deste lado da linha” (sociedades metropolitanas) e os “Outros” que habitam o “outro lado da linha” (territórios “inexistentes”, coloniais). Essas linhas abissais permanecem vivas na estruturação do conhecimento e do direito, requerendo a

³⁶ Milaré, Édís, “Direito ambiental: a gestão em foco: doutrina, jurisprudência, glossário”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 117.

³⁷ Santos, Boaventura de Souza, Meneses, M. P., *Epistemologias do Sul*, Coimbra, Almedina, 2009.

³⁸ *Pacha Mama* do idioma Quíchua, é uma expressão que significa toda uma cosmovisão complexa da vida em plenitude. Da geração permanente da vida. Significa universo, mundo, tempo, espaço e mãe (Mãe Terra).

³⁹ A ideia de “bem viver” expressada pelas palavras *Sumak Kawsay* (vida em plenitude em Kichua) e *Suma Kamaña* (vida doce em Aymará), são princípios constitucionais que podem ser compreendidos a partir da filosofia (cosmovisão) Andina. Trata-se de uma vivência interativa e cotidiana, bastante distinta do individualismo e da ideia de acumulação e competição constante na modernidade ocidental. Significa ter acesso ao necessário, o suficiente para ser feliz e viver em harmonia na natureza, perpassado pelo carinho e solidariedade que não exclui ninguém.

⁴⁰ Santos, Boaventura de Souza. y Meneses, M. P., *op. cit.*, p. 23.

superación da injustiça cognitiva global e para isso requer-se um novo pensamento: o pensamento pós-abissal.⁴¹

A Constituição Plurinacional Boliviana, apresenta ao constitucionalismo uma nova proposta de natureza pluriétnica e plurinacional, que resgata a trajetória histórico-cultural dos povos originários da América Latina, com a proposta de reconhecimento do “Outro” para a construção de um espaço coletivo. No mesmo sentido a “Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien” de 2012, “tiene por objeto establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien”.⁴² Seus princípios centrais são a compatibilidade e complementariedade de direitos, obrigações e deveres; não mercantilização das funções ambientais; integralidade; precaução; garantia de restauração; responsabilidade histórica; prioridade de prevenção; participação plural; água para a vida; solidariedade entre seres humanos; relação harmônica; justiça social; justiça climática; economia plural; complementariedade e equilíbrio e diálogo de saberes.

O ecocêntrismo equatoriano, demonstrou grande avanço ao comprovar a possibilidade de se reconhecer os direitos subjetivos inerentes à natureza dentro do ordenamento jurídico, considerando a Mãe Terra como um organismo vivo com direitos constitucionalmente garantidos.⁴³ *In verbis*: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.⁴⁴ Também é dever do Estado incentivar seu respeito e proteção:

La Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los

⁴¹ *Idem*.

⁴² Ley No. 300, Ley de 15 de octubre de 2012, Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, Edición No. 0431, La Paz, Bolivia.

⁴³ Carvalho, F. Alvim de, *Educação ambiental à luz do direito: uma introdução aos direitos difusos e coletivos de forma lúdica e acessível: um caminho à conscientização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

⁴⁴ Constitución de la Republica del Ecuador 2008, artículo 10.

*colectivos, para que protejan la Naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*⁴⁵

A nova Constituição da Cidade do México, traz como objetivo “reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos”.⁴⁶ As Constituições Políticas dos Estados Livres e Soberanos de Guerrero e Colima, também, reconhecem a Natureza como sujeito de direitos. Em El Salvador, recentemente, foi apresentada à Assembléia Legislativa, uma proposta de emenda constitucional no mesmo sentido:

*En América Latina, incluir a la Naturaleza como sujeto de derechos dentro de la máxima ley de una nación no sería algo nuevísimo [...] Además, culturalmente es aceptado y científicamente está ampliamente probado que la Naturaleza es un ser vivo (Gaia según los griegos y Pacha Mama según nuestros ancestros), y por ello debemos entenderla como un organismo con derecho a existir de manera íntegra, perpetuando las funciones ecológicas que permiten nuestra propia vida y la de los demás seres vivos dentro de ella. En este sentido, convertir a la Naturaleza en un sujeto de derechos, implica que éstos sean defendidos y garantizados por el Estado.*⁴⁷

Na esfera local, dialogando com o ecocêntrismo regional, os municípios de Bonito e Paudalho no Estado de Pernambuco (Brasil), reconheceram, em 2017 e 2018 respectivamente, o direito da natureza de existir, prosperar e evoluir.⁴⁸ No mesmo sentido, com a alteração de sua Lei Orgânica, por meio da Emenda No. 47/2019,⁴⁹ o município de Florianópolis, no Estado

⁴⁵ *Ibidem*, artículo 71.

⁴⁶ Constitución Política de la Ciudad de México, artículo 18, parágrafos 2 e 3, p. 40.

⁴⁷ Proposta de reforma constitucional para incorporar os direitos da natureza, exposição de motivos, 2020, disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload990.pdf>, (acesso em 30 de novembro de 2020).

⁴⁸ *Rights of Nature Law, Policy and Education*, disponível em: *Harmony with Nature-Law List (harmonywithnatureun.org)*, (acesso em 30 de novembro de 2020).

⁴⁹ “Artículo 133. Ao Município compete promover a diversidade e a harmonia com a natureza e preservar, recuperar, restaurar e ampliar os processos ecossistêmicos naturais, de modo a proporcionar a resiliência socioecológica dos ambientes urbanos e rurais, sendo que o planejamento e a gestão dos recursos naturais deverão fomentar o manejo sustentável dos recursos de uso comum e as práticas agroecológicas, de modo a garantir a qualidade de vida das populações humanas e não humanas, respeitar os princípios do bem viver e conferir à natureza titularidade de direito. Parágrafo único. O Poder Público promoverá políticas pú-

de Santa Catarina, reconheceu à natureza a titularidade de sujeito de direitos. A lei orgânica florianopolitana, prevê a defesa e preservação do meio ambiente como obrigação do poder público municipal, em conjunto com outros poderes ou isoladamente, visando a proteção e a preservação da fauna e da flora, em especial das espécies ameaçadas de extinção, vulneráveis ou raras, bem como proíbe práticas que submetam os animais à crueldade.⁵⁰

Importante, todavia, observar a distinção entre direitos ambientais como parte integrante dos Direitos Humanos, da representação dada aos Direitos da Natureza, que alcançam todos os seres vivos e a *Madre Tierra* em si mesma, tanto quanto ressaltar que a vigência desses direitos requer mudanças de perspectivas profundas e civilizacionais.⁵¹

Aderindo ao denominado “giro ecocêntrico”, que vem se expandindo (de maneira não uniforme) por diversos países da América Latina, a Corte Constitucional Colombiana, na sentença T-622/16, reconheceu ao Rio Atrato o *status* de sujeito de direito, *in verbis*: “Reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32”.⁵²

A decisão supramencionada abriu espaço para que diversos tribunais do país aderissem à corrente, sendo, posteriormente, reconhecido a outros rios a mesma titularidade. Em 2018, a corte colombiana, declarou que a Amazônia colombiana deve ser protegida em sua integralidade, reconhecendo-a como “ecossistema vital para a evolução global”.⁵³ Interessante res-

blicas e instrumentos de monitoramento ambiental para que a natureza adquira titularidade de direito e seja considerada nos programas do orçamento municipal e nos projetos e ações governamentais, sendo que as tomadas de decisões deverão ter respaldo na Ciência, utilizar dos princípios e práticas de conservação da natureza, observar o princípio da precaução, e buscar envolver os poderes Legislativo e Judiciário, o Estado e a União, os demais municípios da Região Metropolitana com as organizações da sociedade civil”. Lei Orgânica do Município de Florianópolis/Sc, disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-florianopolis-sc>, (acesso em 30 de novembro de 2020).

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 134, IV.

⁵¹ Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, *op. cit.*

⁵² Decisão, na íntegra, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t622-16.htm> (acesso em 30 de novembro de 2020).

⁵³ Decisão proferida pela Corte Suprema Colombiana (íntegra), no julgamento da STC4360-2018 (Radicacion n. 1100-22.03-000-2018-00319-01), proferida em 05/04/2018,

saltar que essa ação foi proposta por um grupo de pessoas de idade entre 7 e 25 anos, que vivem em locais considerados de maior risco devido às mudanças climáticas; vulnerabilidade ambiental. Embasados nos compromissos assumidos pelo Estado Colombiano no Acordo de Paris, no que se refere ao desflorestamento e as taxas de emissão de gases de efeito estufa em um contexto de mudanças climáticas, denunciaram o aumento do desmatamento da Amazônia e demonstraram que suas consequências alcançam não só a região amazônica, como também o ciclo da água e todos os outros ecossistemas do território pátrio. Comprovaram que os impactos do desmatamento alteram suas condições de vida, retirando-lhes o direito a um ambiente saudável, sustentável e equilibrado e afirmaram fazer parte das gerações futuras que enfrentarão os efeitos do “cambio climático”.⁵⁴

Em um futuro próximo, será julgada, pela Justiça do Equador, uma ação movida por advogados britânicos em nome do urso-de-óculos (espécie encontrada na Floresta Protegida *Los Cedros*), com objetivo de impedir que a mineração local provoque a extinção dessa espécie animal. O caso apresenta como fundamento os Direitos da Natureza, previstos pela Constituição do Equador e os compromissos constitucionalmente assumidos pelo país para sua salvaguarda.

Destarte, o novo constitucionalismo latino-americano em seu movimento ecocêntrico e decolonial, demonstra que o reconhecimento da dignidade da Natureza, que lhe permite a titularidade de direitos próprios, o pluralismo político e jurídico e a ênfase dada à participação da popular, renovam não só o universo jurídico do “Sul-Global”, mas acrescentam esperança e abrem novos caminhos para a construção de um futuro digno não só para a raça humana, mas para a vida em geral.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões apresentadas nesse trabalho acerca do ecocêntrismo e do pensamento complexo como paradigmas capazes de responder aos desafios postos ao Direito Internacional em matéria ambiental no Antropoceno,

disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/> (acesso em 30 de novembro de 2020).

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

resultam da insuficiência das formas jurídicas da modernidade,⁵⁵ das meditações cartesianas, do individualismo e do avanço da tecnologia à “ferocidade matemática”.⁵⁶ O liberalismo econômico frustrou expectativas e evidenciou crises ecológicas e democráticas. A exaltação da razão iluminista, o almejado “futuro dos modernos”⁵⁷ e o “advento do reino da máquina”⁵⁸ nos colocam, hoje, diante do equivalente a “sexta extinção em massa das espécies”,⁵⁹ do mundo dos riscos, de um corpo social contaminado não só pelo vírus, mas, também, pelo racismo, pelo extrativismo e pelo patriarcado.

Desde o início da pandemia do novo coronavírus, que é considerada uma crise global sem precedentes devido a magnitude e a velocidade do colapso na saúde e na economia pelo *International Monetary Fund*⁶⁰ e uma alegoria, para Boaventura de Souza Santos,⁶¹ à onipresença do mercado, verificou-se (devido às medidas de isolamento social) consideráveis reduções dos índices globais de poluição e degradação ambiental e a indissociabilidade entre questões econômicas, jurídicas e políticas das questões ambientais. A pandemia evidencia que somos parte do todo e que o equilíbrio deste depende da integração harmônica entre suas partes.

Mudanças de paradigmas desafiam o direito e suas bases epistemológicas e se mostram importantes para colaborar com o resgate da capacidade de autossuperação e resiliência da Terra, enquanto organismo vivo, assim como com a capacidade humana de imaginar o futuro da civilização, encontrando

⁵⁵ Restrepo apresenta quatro falácias sobre as quais se impõe o jurídico na modernidade: 1) O reconhecimento que o direito exige dos indivíduos (controle sobre os corpos); 2) A imposição de um modelo de cultura como universal eliminando toda a diferença e prevalecendo os significados europeus; 3) Identidade nacional como fenômeno artificial imposto violentamente aos povos locais, e 4) A concepção do Estado-nação a partir de modelos onde o mercado é propriedade étnica e cultural. Restrepo, R. S, *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*, Quito, Corte Constitucional para el Período de transición, 2011, p. 118.

⁵⁶ Berardi, Franco, *Depois do futuro*, tradução de Regina Silva, São Paulo, Ubu, 2019.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Kolbert, E, *The Sixth Extinction: An Unnatural History*, New York, H. Holt and Co., 2014.

⁶⁰ IMF, *The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression*, 2020, disponível em: <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/> (acesso em 24 de novembro de 2020)

⁶¹ Santos, Boaventura de Sousa, *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra, Almedina, 2020

bases sistêmicas e mais abrangentes para fortalecer o direito, a comunicação e a cooperação. A emergência de uma cidadania planetária e plural desafia o direito à uma compreensão inclusiva que permita, de forma democrática, sustentável, heterogênea e participativa, reconhecer novos conceitos de justiça. Nesse sentido, podemos citar o Acordo de Escazú,⁶² desenvolvido por países da América Latina e Caribe, com diretrizes voltadas à promoção de uma governança climática e ambiental democrática, participativa e plural, sendo o primeiro do mundo a conter disposições específicas para promoção e proteção dos defensores de direitos humanos em assuntos ambientais. “Con ese horizonte en mente, esta publicación constituye, sin duda, un valioso aporte para la discusión sobre la democracia ambiental en América Latina y el Caribe”.⁶³

Desse modo, faz-se mister reconhecer que a crise atual é sistêmica⁶⁴ e que para evoluir é imprescindível e inevitável combater o paradigma dualista cartesiano que sustenta práticas racistas e machistas, legitimadoras da dominação dos corpos femininos e de cor,⁶⁵ bem como práticas extrativistas, escravagistas e oportunistas, que garantem altas taxas de lucro a um reduzido grupo de grandes empresários do globo e de juros abusivos aos bancos, restando à Natureza, aos povos originários e aos pobres (despossuídos) das

⁶² O acordo de Escazú considera as desigualdades que assolam as sociedades da América Latina e Caribe, assim como a fragilidade dos regimes democráticos e os investimentos altamente poluentes e/ou extrativistas que desencadearam grande número de conflitos ambientais na região. Surge em um momento em que a comunidade científica internacional adverte sobre a necessidade de adotar outros estilos de vida, para que se garantam as condições básicas, que no Holoceno, permitiram o desenvolvimento da vida. Prieur, M., Sozzo, G. Nápoli, A., “El Acuerdo de Escazú. Una gran oportunidad para la construcción de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe”, in Prieur, M. et al. (eds.), *Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, Santa Fé, Ediciones UNL, 2020.

⁶³ Barcena, A., “Prólogo”, in Prieur, M. et al. (eds.), *Acuerdo de Escazú... cit.*, p. 11.

⁶⁴ Wallerstein explica que o sistema-mundo-moderno, está atualmente em crise sistêmica porque “estamos vivendo uma época caótica e dividida e, portanto, estamos em termos coletivos, no meio de uma luta global sobre o tipo de sistema-mundo que queremos construir para substituir o sistema-mundo em colapso que vivemos”. Wallerstein, Immanuel, *O universalismo europeu: a retórica do poder*, Tradução de Beatriz Medina, São Paulo, Boitempo, 2007, p. 88.

⁶⁵ Referência ao texto “Meditações anti-cartesianas: sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade”, de Enrique Dussel, ao tratar “a ratio mathematica, o racionalismo epistêmico e a subjetividade como fundamento da dominação política dos corpos coloniais, de cor, femininos”. Dussel, E., “Meditações anti-cartesianas: sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. Parte I”, *Revista Filosofazer*, Passo Fundo, núm. 46, 2015, p. 22.

“periferias do mundo”, agressão, destruição e um horizonte sem perspectivas, cada vez mais poluído, sem cor. Estamos vivendo em um presente construído e programado (forjado), única e exclusivamente, pelo e para o patriarcado. Necessários serão os esforços para que, tendo esse “presente” como espelho, optemos por conduzir a raça humana por novos caminhos, mais solidários e, por isso, sábios.

Práticas seletivas e controladoras, provenientes do sistema-mundo-moderno, que, ainda hoje, atuam como força motriz de sistemas políticos e jurídicos monistas, em nome da ordem, da segurança, do desenvolvimento e do progresso e que propagam o burlão universalista dos direitos humanos (como algo dado e não como algo conquistado), precisam ser superadas, porque ao negarem a complexidade e premiarem o individualismo (em prol da meritocracia e da razão), acabam servindo de fertilizante à alienação, à cegueira e à indiferença social, fortalecem a “indústria da obsolescência programada”,⁶⁶ a exploração, a ascensão de governos negacionistas e, conseqüentemente, o reducionismo simplista que leva à exclusão.

Combater a distribuição desigual das riquezas e dos riscos, o consumo excessivo e o desperdício, os entraves à participação, nas decisões ambientais, dos movimentos sociais e das minorias (mais vulneráveis e expostas a perigos), assim como efetivar o direito natural à terra inerente aos povos originários, tal qual tonar possível, no âmbito do Estatuto de Roma, a tipificação de novos crimes como o de “ecocídio” ou a criação de um Tribunal Internacional específico para o enfrentamento das questões ambientais - ecológicas - planetárias, são encargos que devem ser assumidos por esta geração. São estratégias fundamentais à emancipação do exercício da cidadania, que demandam uma rede de cooperação e solidariedade internacional, intergeracional e interespecies; pressupõem responsabilidades iguais, mas diferenciadas; respeito à vedação ao retrocesso; ubiquidade; alteridade; publicidade e acesso à justiça em espaços plurais e, principalmente, periféricos. Essas vertentes do direito internacional em matéria humana e ambiental, são instrumentos capazes de colaborar na construção de um novo “pacto político-jurídico”, em busca de equidade, segurança e equilíbrio.

Refletimos sobre compromissos assumidos em prol do cuidado, enquanto atitude consciente que nos leva a pensar antes de agir e perceber a amplitude, a fragilidade e a importância do “todo”, da saúde de cada “parte”.

⁶⁶ Referência à fala de José Mujica no diálogo com Noam Chomsky intitulado “O futuro que não tem dobras”.

Talvez, o principal desafio da nossa geração seja desenvolver a alteridade e transportá-la ao universo jurídico, político. Valorizar a memória, a história e a verdade, não tratar a Natureza e as pessoas como coisas descartáveis e ampliar o sentido de democracia para além do voto, como instrumentos de consciência cidadã capaz de promover liberdade. Como dizia o mestre Paulo Freire: “As pessoas se libertam em comunhão”.⁶⁷

Controlar os medos e estruturar novas reflexões ressignificando o texto jurídico, deixando emergir novos paradigmas ecocêntricos, que não neguem a complexidade, são desafios do nosso tempo, tempo de crises de todos os tipos que ultrapassam fronteiras dos Estados e nos colocam diante do “Outro”, da urgência de alteridade. De acordo com Milton Santos, a partir de uma visão sistêmica, “podemos enxergar as situações e as causas atuantes como conjuntos e localizá-los como um todo, mostrando sua interdependência”⁶⁸ e tal apreciação crítica nos permite a integração à comunidade, à nação e ao planeta, compreendendo nosso papel e nossa história. Pensemos na construção de um outro mundo, um novo discurso, uma nova metanarrativa, um novo grande relato.⁶⁹

VI. REFERÊNCIAS

- ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. “Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible”, *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, vol. 08, núm. 4, 2017.
- BECK, U. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*, tradução de M. L. X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.
- BECK, U. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*, tradução de M. Toldy, T. Toldy, Lisboa/Portugal: Almediana, 2015.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, tradução de Jesús. A. Rey, Madrid. Siglo Vientiuno, 2002.
- BENJAMIN, A. H., “A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso”, *Revista do PPGD da UFC*, 2011.

⁶⁷ Freire, Paulo, *Pedagogia do oprimido*, 17a. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

⁶⁸ Santos, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 25a. ed., Rio de Janeiro: Record, 2015 p. 169.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

- BERARDI, F., *Depois do futuro*, tradução de Regina Silva, São Paulo, Ubu Editora, 2019.
- BULLARD, Robert, “Enfrentando o racismo ambiental no século XXI”, in ACSELRAD, Henri *et al.*, *Justiça ambiental e cidadania*, Rio de Janeiro, Re-lume Dumará, 2004.
- BOSSERMANN, Klaus, “Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade”, *Revista Cedoua*, ano XI, núm. 21, 2008.
- CAPRA, Fritjof, *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, tradução de N. R. Eichenberg, São Paulo, CULTRIX, 1996.
- CAPRA, Fritjof, MATTEI, U., *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Okland, Berrett-Koehler, 2015.
- CARVALHO, Flávia Alvim de, *Educação ambiental à luz do direito: uma introdução aos direitos difusos e coletivos de forma lúdica e acessível: um caminho à conscientização*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019.
- Colombia CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia, referência: *Sentencia T-622/16*, Bogotá, 10 de novembro 2016, disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>, (acesso em 30 de novembro de 2020).
- Colombia CORTE SUPREMA COLOMBIANA, julgamento da *STC4360-2018* (radicación n. 1100-22.03-000-2018-00319-01), proferida em 05/04/2018, disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/> (acesso em 30 de novembro de 2020).
- DUSSEL, Enrique, “Meditações anti-cartesianas: sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. Parte I”, *Revista Filosofazer*, Passo Fundo, núm. 46, 2015.
- Ecuador, *Constitución de la Republica del Ecuador*, 2008.
- Ecuador, Ley de 15 de octubre de 2012, *Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, 2012.
- El Salvador, Propuesta de Reforma Constitucional para Incorporar los Derechos de la Naturaleza. Exposición de Motivos, 2020, disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload990.pdf>, (acesso em 30 de novembro 2020).
- FACCENDINI, Aníbal I., *La nueva humanización del agua: una lectura desde ambientalismo inclusivo*, Buenos Aires, CLASCO, Livro Digital, 2019.

- Florianópolis, Lei Orgânica do Município de Florianópolis/SC, disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-florianopolis-sc>, (acesso em 30 de novembro de 2020).
- FRASER, Nancy, “Reconhecimento sem ética?”, *Revista Lua Nova*, São Paulo, núm. 70, 2007.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*, 17a. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.
- GALEANO, Eduardo, *A natureza não é muda*, tradução de Naila Freitas, disponível em: http://sistema.app.com.br/portalapp/uploads/opiniaio/texto_galeano.pdf (acesso em 20 de novembro de 2020).
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente, “Justicia ecológica en la era del Antropoceno”, in *Introducción a la problemática de las basuras marinas. Por un mar libre de residuos*, Universidad Politécnica de Cartagena, Campus Mare Nostrum, Asociación Ambiente Europeo, 21 de febrero de 2017, disponível em: file:///C:/Users/fauna/Documents/ARTIGOFUTURELAW/Teresa-Vicente-JUSTICIA-AMBIENTAL-ATROPOCENO_Teresa-Vicente.pdf (acesso em 30 de novembro de 2020).
- GOULD, Kenneth A., “Classe social, justiça ambiental e conflito político”, in ACSELRAD, Henri *et al.*, *Justiça ambiental e cidadania*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2004.
- GONTIJO, Lucas de Alvarenga, *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. 2a. ed., Belo Horizonte, Editora D’Placido, 2019.
- IMF, *The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression*, 2020, disponível em: <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/> (acesso em 24 de novembro de 2020).
- KOLBERT, E., *The Sixth Extinction: An unnatural History*, New York, H. Holt and Co., 2014.
- KRENAK, A. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2019.
- KUHN, Thomas, S. *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1997.
- LATOUR, Bruno, *Jamais fomos modernos: ensaios de antropologia simétrica*, tradução de Carlos Irineu da Costa, São Paulo, Editora 34 Nova Fronteira, 1994.

- SCHOLOSBERG, D, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements and Nature*, Oxford University Press, 2007.
- SOUZA, Jessé, *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*, Belo Horizonte, UFMG, Rio de Janeiro, IUPERJ, 2003.
- STEFFEN, W. et al., “The Emergence and Evolution of Earth System Science”, *Nat Rev Earth Environ* 1, 2020.
- UNITED NATIONS, *Rights of Nature Law, Policy and Education*, disponível em: *Harmony with Nature-Law List* (harmonywithnatureun.org) (acesso em 30 de novembro de 2020).
- WILSON, E. O., *A criação: como salvar a vida na terra*, SP, Companhia das Letras, 2008.
- WILSON, E. O., *Half-Earth: our Planet’s Fight for Life*, New York, Liveright, 2016.

Medio ambiente y derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Environment and Human Rights in the Light
of the Jurisprudence of the Inter-American
Court of Human Rights*

*Environnement et droits de l'homme à la lumière
de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine
des Droits de l'Homme*

Florabel Quispe Remón**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos: marco normativo*. III. *La relación de los derechos humanos y el medio ambiente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

* Este artículo se desarrolla en el marco del Proyecto “ODS, derechos humanos y derecho internacional”, PGC2018-095805-B-I00.

** Universidad Carlos III de Madrid, España, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8529-4658>, fquispe@der-pu.uc3m.es.

Artículo recibido el 9 de septiembre de 2020

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 71-107
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El trabajo estudia el contenido de los diversos instrumentos marco de derechos humanos del sistema interamericano para ver cuál es la situación del derecho al medio ambiente en ellos; y la interpretación que de ellos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el inicio de su funcionamiento hasta la actualidad, para incorporar y desarrollar el derecho al medio ambiente en el sistema interamericano de derechos humanos, a través de sus sentencias y opiniones consultivas. Sin perder de vista que la función de la Corte es la interpretación y protección de los derechos recogidos en la Convención Americana, especialmente los derechos civiles y políticos.

Palabras clave: derechos humanos, medio ambiente, jurisprudencia, Corte Interamericana, sentencias, opiniones consultivas, sistema interamericano, pueblos indígenas.

ABSTRACT: The article examines the content of various human rights framework instruments of the Inter-American system to ascertain the situation of the right to the environment; and the interpretation made by the Inter-American Court of Human Rights, from the beginning of its operation to the present, to incorporate and develop the right to environment in the Inter-American Human Rights system, through its judgments and advisory opinions but without losing sight of the fact that the function of the Court is the interpretation and protection of rights established in the American Convention, particularly civil and political rights.

Key words: Human rights, environment, jurisprudence, Inter-American Court, judgments, advisory opinions, inter-American system, indigenous peoples.

RÉSUMÉ: L'article examine le contenu de divers instruments cadres des droits de l'homme du système interaméricain pour déterminer la situation du droit à l'environnement; et l'interprétation faite par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, depuis le début de son fonctionnement jusqu'à nos jours, pour incorporer et développer le droit à l'environnement dans le système interaméricain des droits de l'homme, à travers ses arrêts et avis consultatifs mais sans perdre vue du fait que la fonction de la Cour est l'interprétation et la protection des droits établis dans la Convention Américaine, en particulier les droits civils et politiques.

Mots-clés: Droits de l'homme, environnement, jurisprudence, tribunal interaméricain, jugements, avis consultatifs, système interaméricain, peuples autochtones.

I. INTRODUCCIÓN

Para nadie es desconocido hoy en día que uno de los grandes problemas que enfrenta la comunidad internacional es el cambio climático. Un problema global que necesita una solución global. Esto hace que el tema del medio ambiente se haya convertido en un tema transversal en los discursos a nivel mundial y regional, y se hayan adoptado en los últimos años diversos documentos en el seno de la ONU para paliar o mejorar el problema en el que los Estados, unos más que otros, participan activamente.

Es también cada vez más frecuente encontrar la relación de los derechos humanos (DDHH) con el medio ambiente en los diversos documentos o sentencias vinculadas por órganos de DDHH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH) no es ajena a esta labor. En el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) desde 2001 se incide en la importancia del estudio de dicha relación. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en la Resolución “Derechos Humanos y Medio Ambiente” marca la importancia de estudiar el vínculo entre ambos para promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los DDHH, y deja en manos de la Secretaría General, en colaboración con otros órganos del SIDH, la realización de un estudio sobre la posible interrelación entre ambos.¹

Este trabajo tiene por objeto ver el *statu quo* de la relación entre el medio ambiente y los DDHH en el SIDH, partiendo de la existencia de un estrecho vínculo entre ambos, para ello analiza desde su origen el marco normativo del SIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, órgano judicial, creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH), para garantizar e interpretar su contenido, compuesto por derechos civiles y políticos, especialmente. No obstante, al gran aporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo del derecho al medio ambiente, a través de sus informes,

¹ OEA/Ser.P, AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), 5 de junio de 2001, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag01/agres_1819.htm, también véase: OEA/Ser. P. AG/doc. 4177/03 de 20 de mayo de 2003, disponible en: http://www.oas.org/xxxiiiiga/spanish/docs/agdoc4177_03.htm, (última visita agosto de 2020).

comunicados y medidas cautelares,² al igual que el de la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA),³ por razones de espacio, el trabajo se concentra en el papel de la Corte Interamericana a través de sus decisiones, así como en el desarrollo del derecho al medio ambiente vinculado con los derechos humanos.

El trabajo se divide en dos partes. La primera, analiza el origen y la evolución del SIDH y su marco normativo para ver sus objetivos y prioridades, y además de saber si el medio ambiente se encuentra en él y el tratamiento que recibe, y la segunda, estudia la jurisprudencia (sentencias y opiniones consultivas) de la Corte IDH sobre la relación de los DDHH con el medio ambiente. Para ello, iremos a los principales tratados de DDHH del SIDH y a la jurisprudencia de la Corte sobre el tema.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: MARCO NORMATIVO

1. *Origen del sistema interamericano de derechos humanos bajo la cobertura de la Organización de los Estados Americanos*

Su origen se remonta a 1948, cuando nace la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de la Carta de la OEA (la Carta). La OEA nace con el propósito de consolidar la paz y la seguridad en el continente; promover y afianzar la democracia representativa respetando el principio de no intervención, la eliminación de la pobreza; y promover mediante la cooperación, su desarrollo económico, social y cultural. Entre sus principios señala que en sus relaciones recíprocas la norma de conducta será el derecho internacional y la buena fe; los derechos fundamentales; la justicia y la seguridad sociales, básicos para una paz duradera. Ni en los propósitos ni en los principios hay referencia al medio ambiente.

² Una de las últimas medidas cautelares otorgadas por la CIDH es, de 07 de febrero de 2020, a favor de Pobladores de las Zonas Aledañas al Río Santiago en México, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/MC70819.pdf>.

³ Pueden verse los informes, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/desca/informes/ anuales.asp>.

El Consejo interamericano para el Desarrollo Integral, órgano de la OEA, promueve la cooperación entre los Estados de la región para lograr su desarrollo integral; una de sus áreas prioritarias es el desarrollo económico y social que incluye el comercio, el turismo, la integración y el *medio ambiente*. Es la única mención al medio ambiente, ya que la carta aborda la democracia y los DDHH, en especial.

En el marco de la OEA se han adoptado diversos instrumentos dirigidos especialmente a los DDHH, donde la relación con el medio ambiente es casi inexistente. A esta producción normativa, más las decisiones adoptadas por sus órganos, se le conoce como SIDH. Los 35 Estados parte de la OEA son los encargados de cumplir con el contenido de la carta y, según hayan o no asumido los Estados, la competencia de los órganos de protección, el contenido de sus resoluciones.

2. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el medio ambiente*

Junto a la Carta de la OEA, en 1948, dada la importancia del reconocimiento de derechos a las personas, se adopta el primer instrumento regional de DDHH: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana o DADH). Aquí se sitúa el origen de lo que se conoce como SIDH.⁴ La DADH es la primera piedra en la construcción del SIDH y el primer instrumento internacional de esta naturaleza, no vinculante en un inicio. Reconoce DDHH y obligaciones. Hoy, su contenido refleja DDHH de alcance general que crea obligaciones de respeto y garantía para los Estados. Es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados parte. Como dice la Corte, el no ser un tratado no implica que carezca de efecto jurídico ni que la Corte no pueda interpretarla.⁵

De los 27 DDHH que recoge, ninguno está relacionado con el medio ambiente. Son derechos civiles y políticos, así como derechos económicos,

⁴ Cfr. Quispe Remón, Florabel, *El sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 34.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-10/89* del 14 de julio de 1989, párr. 47.

sociales y culturales (DESC). Los últimos están en los artículos 11 al 16 (el derecho a la preservación de la salud y el bienestar, a la educación, a los beneficios de la cultura, al trabajo y a una justa retribución, al descanso y su aprovechamiento, aunados al derecho a la seguridad social). Si intentáramos vincular alguno con el medio ambiente, sería el artículo 11, derecho a la preservación de la salud y el bienestar: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. El medio ambiente no constituía una prioridad para los Estados en aquel entonces.

3. *La Convención Americana de Derechos Humanos y la ausencia del medio ambiente*

Es un instrumento vinculante de derechos civiles y políticos que nace en 1969 y establece dos órganos de protección de los DDHH, la Comisión y la Corte IDH. Teniendo en cuenta su prioridad por los derechos civiles y políticos, y dada la indivisibilidad de los DDHH, nos preguntamos ¿qué pasa con los DESC en la Convención?, ¿dónde están y cómo se protegen? El preámbulo de la CADH hace una referencia mínima a éstos al señalar que, con arreglo a la Declaración Universal de los DDHH, “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Así, plasman la importancia de satisfacer ambos para garantizar los derechos del hombre. No obstante, de los 82 artículos, 23 recogen derechos civiles y políticos, aunque sólo un DESC. En el capítulo III, denominado DESC, está el artículo 26 *desarrollo progresivo*:

Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Proto-

colo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Éste no reconoce un derecho en sí, ni se advierte de él un catálogo de derechos, sólo el compromiso de los Estados para conseguir la efectividad de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y culturales. Es la única referencia a los DESC. Esto es aplicable también al sistema europeo de protección de los DDHH por cuanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, el primero vinculante de la historia sólo es de derechos civiles y políticos.⁶ Ambos sistemas reconocen a los DESC muchos años después; es más, sólo para los primeros se crea un órgano judicial en ambos. En ninguno encontramos referencia alguna al medio ambiente ni a la relación entre DDHH y medio ambiente, como se hace hoy en día. En este contexto, difiere de alguna manera el sistema africano, cuyo desarrollo es posterior. La Carta africana de DDHH y de los Pueblos (Carta Africana) de 1981 reconoce el derecho al desarrollo como un DDHH y en su preámbulo destaca la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y DESC, en su concepción y en su universalidad. Afirma que la satisfacción de los DESC es una garantía de disfrute de los otros.

La Carta reconoce derechos a los pueblos. Exige a los Estados adoptar las medidas para proteger la salud de su pueblo por ser un derecho de las personas, el disfrutar del mejor estado físico y mental posible. Si bien no hay mención expresa al derecho al medio ambiente como un DDHH, el artículo 21 reconoce el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, que será ejercido en el exclusivo interés del pueblo y en ningún caso se le privará de él. Los pueblos pueden disponer de sus riquezas y recursos naturales “sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional” (artículo

⁶ Lo que sí encontramos es la referencia a la protección de la salud en distintos artículos vinculados con el derecho al respecto a la vida privada y familiar (artículo 8o.), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9o.), a la libertad de expresión (artículo 10), a la libertad de reunión y de asociación (artículo 11), y a la libertad de circulación (artículo 2o. del protocolo 4). En lo que se menciona que son derechos que no pueden ser objeto de restricciones salvo los mencionados en la ley y siempre que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, entre otros, para la protección de la salud.

21.3); y también los Estados parte, individual y colectivamente, pueden disponer de sus riquezas y recursos naturales a fin de reforzar la unidad y la solidaridad africanas. Está el compromiso de los Estados de eliminar cualquier forma de explotación económica extranjera, “especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las ventajas derivadas de sus recursos naturales” (artículo 21.6). Todos los pueblos tienen el derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo (artículo 24). Este entorno puede perfectamente referirse, aunque no lo mencione expresamente al medio ambiente, a la calidad del ambiente que garantice la salud y vida de sus habitantes. La Carta recoge tanto los derechos civiles y políticos como los DESC, y los órganos de protección vigilan el cumplimiento de ambos, teniendo en cuenta su indivisibilidad.

4. *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*

Casi dos décadas después de la adopción de la CADH, en noviembre de 1988, nace el Protocolo Adicional a ésta sobre DESC, en vigor desde 1999. De los 22 artículos que reconoce, entre otros, derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, sólo dos artículos están vinculados con la salud y el medio ambiente. El artículo 10, el derecho a la salud: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social,” y para hacer efectivo este derecho los Estados se comprometen a reconocer como un bien público y tomar las medidas necesarias para hacerlas efectivas, entre las que encontramos la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de mayor riesgo y que, dada sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables; y el artículo 11, el derecho a un medio ambiente sano. El Protocolo no crea órganos para la protección de los DESC. Indica que la violación de derechos sindicales (artículo 8.a) y derechos a la educación (artículo 13) imputables al Estado parte del Protocolo, podría dar lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales a través de la Comisión y la Corte Interamericana. Sobre los demás derechos, la Comisión sólo puede formular las observaciones y recomendaciones que considere en un Estado parte, y luego incluirlos en el

Informe Anual que presenta a la Asamblea General de la OEA.⁷ Esto implica que los otros derechos, incluido los derechos del artículo 10 y artículo 11 no pueden ser protegidos por los órganos del SIDH.

El artículo 11 reconoce expresamente el *derecho a un medio ambiente sano*: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos,” también los Estados parte serán los encargados de promover la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente. Pero este derecho no está protegido por la Comisión ni por la Corte Interamericana.

Es mínima la mención al medio ambiente en los tratados regionales americanos. La preocupación por el medio ambiente y su relación con los DDHH a nivel internacional se inicia en la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano de 1972 (Conferencia de Estocolmo), seguido de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 (Conferencia de Río/Cumbre para la Tierra), luego con la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 (Cumbre de Johannesburgo).⁸ Desde entonces su desarrollo ha sido amplio, especialmente a través de instrumentos *soft law*. En los últimos años la preocupación ha ido en aumento por el calentamiento global y el cambio climático y ha generado la adopción de instrumentos orientados a proteger el medio ambiente y muchos de ellos teniendo en cuenta la repercusión que ésta tiene en los DDHH.

Para Juste, el derecho internacional ambiental es una de las ramas más jóvenes del *corpus iuris gentium*, que se ha caracterizado desde sus orígenes por su dinamismo, productividad normativa y espíritu innovador. Hoy, dice Juste, el derecho internacional ambiental muestra una cierta congestión normativa, ya que cuenta con más de 500 tratados internacionales autónomos que producen un efecto de fragmentación del sistema.⁹ Destaca también que el recurso a instrumentos no obligatorios o de *soft law* se ha incrementado exponencialmente e incluso ha dado paso a instrumentos cada

⁷ Sólo 16 de los 35 Estados miembros de la OEA han ratificado este Protocolo (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay). Esto significa que sólo 16 Estados se obligan a proteger los derechos recogidos en el Protocolo.

⁸ Para un amplio desarrollo véase Louka, Elli, *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and world Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

⁹ Juste Ruiz, José, “El derecho internacional ambiental entre la evolución y la involución”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 45, 2020, p. 12.

vez más diluidos, al que el autor denomina *ultra-soft law*. Aunque este hecho de acumulación de normas ambientales de todo tipo no significa necesariamente una mejor protección del medio ambiente mundial, que garantice las necesidades de las generaciones futuras. En palabras de Juste, el problema no es la falta de normas, sino más bien falta de efectividad en la aplicación de las normas existentes.¹⁰

Tal es la importancia del medio ambiente y la preocupación de la comunidad internacional sobre el tema, que la Agenda 2030 de 2015, de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ocho los vincula con el medio ambiente (Objetivo 3, Salud y Bienestar; O.6, Agua Limpia y Saneamiento; O.7, Energía asequible y no contaminante; O.9, Industria, innovación e infraestructura sostenibles resistentes al cambio climático; O.12, Producción y consumo responsable; O.13, Acción por el clima; O.14, Vida submarina, y O.15, Vida de ecosistemas terrestres). Este desarrollo y relación con los DDHH hace que los órganos de DDHH en el mundo comiencen a pronunciarse sobre la relación DDHH y medio ambiente.

Los tratados de DDHH no vinculan al medio ambiente con los derechos humanos, ni los estándares de derechos humanos se mencionan explícitamente en los instrumentos ambientales internacionales, aunque la Conferencia de Estocolmo y la Cumbre mundial sobre Desarrollo Sostenible sí se refieren explícitamente al objetivo de la dignidad humana. En palabras de Louka, la Conferencia de Río se refiere al derecho al desarrollo que algunos han visto como la fuerza que debe impulsar el derecho internacional y recuerda que el objetivo de la reducción de la pobreza no se articula explícitamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero está implícito en el derecho al desarrollo; también lo está, dice Louka, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el que se dispone que las partes en el Pacto

...reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para él y su familia, incluida una alimentación adecuada, ropa y vivienda. Así, la inserción de los derechos humanos en el discurso ambiental es importante no sólo porque los derechos humanos son el requisito previo para la calidad de vida que busca la protección ambiental.¹¹

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Louka, Elli, *International Environmental Law...*, *op. cit.*, p. 54.

En el ámbito americano, el artículo 11 del Protocolo reconoce taxativamente el derecho a un ambiente sano. Este derecho está claramente relacionado con el derecho a la vida que el Estado debe garantizar.

Como hemos visto antes, las normas en materia de medio ambiente tienen una característica: son en su mayoría *soft law*, pero como dice Dupuy, al igual que en otras áreas en las que la ley “blanda” juega un papel importante en el proceso de elaboración de este tipo de leyes, en el derecho internacional del medio ambiente también la repetición de actos es un factor muy importante en el proceso internacional de elaboración de leyes ambientales “blandas”. Así, el comportamiento de los distintos organismos internacionales que transmiten un mismo mensaje es esencial. Referencias cruzadas de una institución a otra, recordar las directrices adoptadas por otras autoridades internacionales aparentemente concurrentes, invocación recurrente de las mismas reglas formuladas de una forma u otra en los niveles universal, regional y más restringido, todos tienden progresivamente a desarrollar y establecer un entendimiento internacional común. Como resultado de este proceso, las conductas y comportamientos que hace veinte años hubieran sido considerados desafíos a la soberanía del Estado son ahora aceptados dentro de la corriente principal. Es el caso del principio de información y consulta, procedimientos de evaluación del impacto ambiental, el principio de no discriminación, en lo que respecta a la elaboración y aplicación de leyes y reglamentos en materia de prevención, reparación y represión de la contaminación, así como los enfoques contemporáneos de los problemas que rodean la protección de la atmósfera global, que se ven reflejados en la adopción de diversos instrumentos *soft* para fortalecer la cooperación internacional en la base de un nuevo enfoque “global” y cada vez mayor, la percepción del mundo de la atmósfera como parte de “patrimonio común de la humanidad,” y decía Dupuy que esto probablemente tendría alguna consecuencia legal con respecto a la responsabilidad ambiental.¹²

Una norma “blanda” en palabras de Dupuy puede ayudar a definir los estándares de buen comportamiento correspondiente a lo que hoy se espera de un “Estado bien gobernado” sin haber sido necesariamente consagrado como norma consuetudinaria forzosa. Entre esos estándares de buen comportamiento se constituye el tipo de diligencia debida que se puede espe-

¹² Dupuy, Pierre-Marie, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990, pp. 424-427.

rar de un Estado en el contexto de la cooperación internacional: consulta previa antes de hacer cumplir una normativa o facultar a un particular para emprender una actividad que pueda crear un riesgo significativo de contaminación transfronteriza; notificación internacional anticipada de un accidente contaminante; el debido recurso a los procedimientos de evaluación de impacto, y no discriminación e igualdad de acceso para las víctimas de la contaminación tanto nacional como transfronteriza. Éstos y otros estándares de comportamiento fueron reconocidos en el contexto de una definición de diligencia debida por los árbitros en el famoso caso de Alabama.¹³

Sean normas *hard law* o *soft law*, su cumplimiento está en manos de los Estados; al fin y al cabo, depende de la voluntad política de éstos, y como acertadamente señala Viñuales, la protección del medio ambiente es un deber objetivo que incumbe a todos los Estados, al igual que los derechos humanos.

III. LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Corte creada por la Convención ADH, con el fin de proteger y garantizar los derechos reconocidos en ella a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, funciona desde 1978 y emitió su primera sentencia en 1987. Desde entonces, a través de sus decisiones progresistas y siempre *pro homini*, juega un papel esencial en el reconocimiento y la protección de los DDHH y hace frente a los nuevos retos que se presentan, a pesar de las dificultades en sus labores, causado por falta de recursos y apoyo por parte de todos los Estados de la OEA.

La Corte tiene dos competencias: una contenciosa y otra consultiva. Nace para garantizar los DDHH reconocidos en la CADH, civiles y políticos, de manera específica, pero la evolución y las necesidades de la sociedad pone en práctica el dinamismo del derecho y realiza una interpretación amplia del instrumento marco que rige su funcionamiento y comienza a vincular los DDHH con el medio ambiente. Pero la Corte no es pionera en esta labor, ya que otros órganos de protección de los DDHH, universal o

¹³ *Ibidem*, p. 434.

regionales, judiciales o no, han venido incorporando el medio ambiente y destacando la importancia del tema en los DDHH. En palabras de Viñuales en 2008, la importancia de la protección del medio ambiente había sido reconocida por la jurisprudencia internacional, aunque dicho reconocimiento no había alcanzado aún un grado suficiente de los detalles,¹⁴ pero hoy en día hay un gran avance en la jurisprudencia, especialmente en el reconocimiento de derechos humanos de naturaleza ambiental. “A las dimensiones ambientales de los derechos que figuran en los diversos instrumentos internacionales de DDHH, de carácter universal como regional, se le conoce como la «ecologización» de la legislación existente en materia de derechos humanos más que la adición de nuevos derechos a los tratados existentes”.¹⁵ Esta ecologización no es sólo un fenómeno europeo, sino que incluso se extiende a través de los órganos de DDHH y hay evidencia de convergencia en la jurisprudencia ambiental y una fertilización cruzada de ideas entre los diferentes sistemas de DDHH.¹⁶ De la abundante jurisprudencia desarrollada por los tribunales de DDHH y los órganos de supervisión a nivel regional y universal, se advierte en los diversos tratados de derechos humanos de manera implícita una dimensión ambiental de los derechos humanos a diferencia de la Carta africana de DDHH donde los derechos vinculados con el medio ambiente han sido reconocidos como derechos individuales, desarrollados a través de otros derechos, como el de la vida, la salud, la vida privada y familiar, aunque no como un derecho colectivo de la comunidad afectado por el impacto ambiental en disputa. Este enfoque, dice Francioni, puede ser aceptable como solución provisional ante situaciones extremas de los abusos ambientales que afectan directamente a las personas, pero no son adecuados para abordar la degradación ambiental como tal y los efectos difusos que dicha degradación tiene en la sociedad en su conjunto. En su opinión:

El mantenimiento rígido de este enfoque contribuye al “estancamiento” del derecho internacional, y más particularmente al confinamiento de la idea de “derechos humanos” dentro de un horizonte individualista, que permanece ciego al vínculo

¹⁴ Viñuales, Jorge E., “La protección ambiental en el derecho consuetudinario internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 69, núm. 2, 2017, p. 71.

¹⁵ Boyle, Alan, “Human Rights and Environment: Where. Next?”, *The European Journal of International Law*, Florencia, vol. 23, núm. 3, 2012, p. 614.

¹⁶ *Idem*.

intrínseco entre los intereses individuales y colectivos de la sociedad. Por lo tanto, se aboga por una jurisprudencia más avanzada en el campo de los DDHH que reconozca la dimensión colectiva del derecho a un medio ambiente decente y sostenible como condición indispensable para la seguridad y el bienestar humanos.¹⁷

A la incorporación del medio ambiente en la interpretación de normas de DDHH, por parte de los órganos de protección del SIDH, se conoce como la ecologización de los DDHH, humanización/judicialización del medio ambiente en la región americana. La Corte usa como argumentos para vincular el medio ambiente con los DDHH, la evolución de las necesidades de la sociedad y el derecho internacional, el desarrollo del derecho al medio ambiente recogido en los tratados internacionales o en decisiones de los órganos internacionales. Va más allá del texto literal de la CADH afirmando desde el caso Villagrán Morales que, “Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,¹⁸ deben adecuarse a los tiempos y necesidades de cada momento. Por ello, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”.¹⁹ Esta orientación es esencial para el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) porque ésta avanza gracias a la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Es evolutiva porque es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derechos Tratados de 1969 (CV69).²⁰

La evolución dinámica del *corpus iuris* del DIDH, formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional,

¹⁷ Francioni, Francesco, “International Human Rights in an Environmental Horizon”, *The European Journal of International Law*, Florencia, vol. 21, núm. 1, 2010, p. 44.

¹⁸ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle”(Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo), párr. 193.

¹⁹ 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* de 1o. de octubre de 1999, párr. 113.

²⁰ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle”(Villagrán Morales y otros)..., *op. cit.*, párr. 193.

...en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.²¹

Al igual que el DIDH, el derecho internacional del medio ambiente tiene como rasgo estructural “su constante adaptación a una realidad siempre cambiante, su incesante transformación normativa e institucional para la consecución de un objetivo que se escapa hacia el futuro”.²²

Otros argumentos son los artículos 1.1 y 29.b de la CADH, sobre la obligación del Estado de garantizar los DDHH reconocidos en la CADH a todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado, sin discriminación; y que ninguna norma puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”, respectivamente.

Acude también a otros instrumentos internacionales, de carácter regional y universal vinculados con el medio ambiente de manera específica y/o instrumentos que de una u otra forma vinculan los DDHH y el medio ambiente. Las referencias como marco de interpretación han sido conforme al nacimiento de éstos. En la OC-23/17,²³ donde se realiza una amplia interpretación sobre el medio ambiente y los DDHH, encontramos todos los instrumentos internacionales sobre medio ambiente desde sus orígenes, medio ambiente y DDHH, así como los pronunciamientos de órganos internacionales.

El instrumento americano que utiliza como fundamento básico de sus argumentos para la relación es el artículo 11 del Protocolo DESC. En los

²¹ Corte IDH, OC-16/99, *op. cit.*, párr. 115.

²² Juste Ruiz, José, “La evolución del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista Catalana de Derecho Público*, Barcelona, núm. 15, 1992, p. 45.

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de 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 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 15 de noviembre de 2017.

casos vinculados con los pueblos indígenas, incide en la importancia de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente de este artículo vinculado con el derecho a la vida digna del artículo 4o. de la CADH, a la luz del cuerpo jurídico internacional existente sobre la protección especial que necesitan las comunidades indígenas en relación con el deber general de garantía del artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26.²⁴

Destaca la interdependencia e indivisibilidad de los DDHH y justamente como consecuencia de ello y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer usos de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del *corpus iuris* internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la CADH.²⁵ Señala también que los términos de un tratado de DDHH tienen sentido autónomo y no se puede equipar al sentido que se le da en el derecho interno.²⁶

1. *El desarrollo del derecho al medio ambiente por parte de la Corte Interamericana de la mano de los derechos de los pueblos indígenas*

La incorporación del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte se ha venido realizando a través de la interpretación de los derechos de la CADH, especialmente en casos vinculados con los derechos de los pueblos indígenas quizá porque son vulnerables al daño ambiental debido a las crecientes presiones sobre sus tierras y recursos, así como a los vínculos culturales y religiosos que mantienen con sus territorios ancestrales.²⁷ Hay más de 200 millones de indígenas en el mundo y la mayoría vive en ecosistemas vulnerables y en las últimas décadas sus tierras están sometidas a la presión

²⁴ Corte IDH, caso *Pueblos Kaliña y Lokomo vs. Suriname*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 172.

²⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17...*, cit., párr. 55.

²⁶ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* de 31 de agosto de 2001, párr. 146.

²⁷ Anton, Donald y Shelton, Dinah, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 545.

de los extraños que buscan y extraen sus recursos naturales para satisfacer la demanda mundial; a ello se suma el cambio climático.²⁸

La primera sentencia en la que se advierte la relación de los DDHH con el medio ambiente es en el caso de la *Comunidad Mayaqna (Sumo) Awas Tigni* en 2001. Es una demanda por la violación de varios DDHH, entre ellos, el derecho a la propiedad privada, por no demarcar las tierras comunales de la comunidad, ni adoptar medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, por haber otorgado una concesión en sus tierras sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a sus reclamaciones sobre sus derechos de propiedad. La Corte hace una interpretación evolutiva de los tratados de DDHH y toma en cuenta las normas de interpretación aplicables, y señala que el artículo 21 de la CADH “protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal...”.²⁹ Se pronuncia sobre el concepto de propiedad comunal, y dice que entre ellos “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.³⁰

Destaca la relación especial de las comunidades indígenas con sus tierras y sus recursos naturales, y que éstas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus territorios. Esta relación, dice la Corte, debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, por cuanto para ellas la relación con su tierra va más allá de la posesión y producción, es un elemento material y espiritual del que deben disfrutar, y sirve para preservar su legado cultural y transmitir a generaciones futuras.³¹ Esta interpretación brinda una protección necesaria e indispensable a los pueblos históricamente excluidos.

Señala la importancia de tener en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para asuntos vinculados con ellos. Así, basado en la costumbre, la posesión de la tierra por parte de ellos debe ser suficiente para la concesión de un título real sobre la propiedad de la tierra y su registro.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayaqna (Sumo)*..., *cit.*, párr. 148.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

Reitera que el Estado, conforme a las obligaciones adquiridas debe organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los DDHH, en caso contrario, es responsable por la acción u omisión de cualquier autoridad, independientemente de su jerarquía.³² Esta sentencia marca un hito en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Por primera vez bajo el artículo 21 protege el derecho de propiedad de las tierras de la comunidad. Para Cañado Trindade, Máximo Pacheco y Alirio Abreu, en su voto razonado “esta concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir”. En su voto concurrente García Ramírez señala que

...al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste..., sino también el sistema dentro del cual se inscribe [y] un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación.

Desde 2001, en la jurisprudencia hay un amplio desarrollo sobre la relación de los DDHH con el medio ambiente, en casos relacionados con los derechos de los Pueblos indígenas,³³ pero también en otros casos individuales³⁴

³² *Ibidem*, párr. 154.

³³ Corte IDH, caso *Moiwana vs. Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005; caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006; caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007; caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010; caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012; caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2015; caso *Comunidad Garífuna triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de octubre de 2015. También ha otorgado en algunos casos medidas provisionales.

³⁴ Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006; caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009; caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción preliminar y fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008.

y opiniones consultivas.³⁵ Si bien 2001 en el sistema interamericano, marca un punto de inflexión en la relación entre los DDHH y el medio ambiente con un reconocimiento colectivo del derecho de propiedad, en el continente europeo ya se hacía referencia a los progresos en esta materia por parte del TEDH, en años anteriores, pero de manera individual.³⁶ Francioni señala que a nivel sustantivo este progreso en Europa se ha logrado mediante una interpretación evolutiva de las disposiciones establecidas de DDHH como el derecho a la vida, la vida familiar y privada, además de los derechos de las minorías. Así, estas disposiciones han producido una amplia protección ambiental en beneficio de los solicitantes individuales. A nivel procesal, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Europeo, ha leído en los tratados de DDHH aplicables la obligación del estado de garantizar la información, la participación significativa y el acceso a la justicia de las personas directamente afectadas por un impacto ambiental.

Sin embargo, este progreso es limitado; no tanto porque no llega a establecer un “derecho” independiente a un medio ambiente limpio, que no es necesario, ni útil, dada su indeterminación; sino más bien porque todavía se ve obstaculizado por lo que lo que considero el principal obstáculo: lo persistente y prevaleciente perspectiva individualista en la que los derechos humanos se conciben y a menudo se implementan por tribunales internacionales y organismos de supervisión.³⁷

La evolución de la relación entre los DDHH y el medio ambiente por parte de los tribunales de DDHH es diferente en Europa que en América.

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17..., *cit.*

³⁶ Cfr. Simón, Fernando, “La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010/2, pp. 87-110; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2008, p. 26; Kravchenko, Svitlana y Bonine, John E. “Interpretation of Human Rights for the Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, p. 245; Verschuuren, Jonathan, “Contribution of the Case Law of the European Court of Human Rights to Sustainable Development in Europe”, W. Scholtz, J. Verschuuren (ed.), *Regional Integration and Sustainable Development in a Globalised World*, (Edward Elgar Publishers, 2014), p. 15. Además, véase: European Court of Human Rights, Environment and the European Convention on Human Rights, marzo de 2020, p. 30, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf (última visita, julio de 2020).

³⁷ Francioni, Francesco, “International Human Rights...”, *cit.*, p. 54.

Si bien ambas avanzan, la primera se concentra en derechos individuales de protección ambiental, vinculados generalmente con la contaminación ambiental producida por cuestiones acústicas, mientras que la segunda focaliza su atención en derechos colectivos de los pueblos indígenas por afectaciones a sus tierras y recursos naturales por uso y la explotación de éstas, en su mayoría por concesiones por parte del Estado a grandes empresas.

En el caso *Yakye Axa*, la Corte argumenta la relación del derecho a la vida del artículo 4o. de la CADH con el derecho a una vida digna y deja claro que este derecho no se limita al derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que impidan o dificulten el acceso a una existencia digna. En este contexto señala que es inadmisibles cualquier enfoque restrictivo a este derecho.³⁸

Le corresponde al Estado proteger y garantizar este derecho, generando las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, y de modo especial a las personas en situación de vulnerabilidad y riesgo que requieren atención prioritaria³⁹ (niños, mujeres y/o pueblos indígenas), a fin de no afectar su derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros DDHH.

Para la Corte:

...las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.⁴⁰

Impedirles el acceso y disfrute a estos es privarles del derecho a una vida digna.

En el caso *Sawhoyamaya*, reitera su jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la vida digna que el Estado debe garantizar. Reconoce no sólo las obligaciones negativas sino también los deberes positivos del Estado, y

³⁸ Corte IDH, caso *Yakye vs. Paraguay*, cit., párr. 161.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Corte IDH, caso *Yakye*, cit., párr. 167.

traza una nueva frontera de los DDHH al amparo de la CADH.⁴¹ Condena al Estado por la violación del derecho a la vida en relación con la obligación de garantía por no adoptar las medidas positivas necesarias según sus atribuciones, “que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la comunidad”.⁴² Reitera la obligación del Estado de garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio a la vida de acuerdo al principio de igualdad ante la ley.⁴³

Hay una interpretación amplia del derecho a la vida, especialmente a una vida digna de los pueblos indígenas, que exige ciertos elementos para ser satisfecha. En el caso *Xákmok Kásek* reconoce como elementos de una vida digna, la cantidad de agua suficiente y calidad adecuada, alimentación, salud y educación. Señala que el Estado no prestó las condiciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en casos de riesgo especial, real e inmediato para las personas de la comunidad.⁴⁴ La protección del medio ambiente es una condición para una vida digna.

En el caso *Kichwa de Sarayaku*, profundiza en su jurisprudencia y señala que el derecho de no usar y gozar del territorio en el caso de los pueblos indígenas carecería de sentido si ese derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que están en el territorio. “Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”.⁴⁵

El respeto de la conexión con su territorio y sus recursos naturales es básico para la supervivencia física y cultural, así como su desarrollo y continuidad de su cosmovisión; por ende, debe ser protegido por el artículo 21. Negarles a vivir de esta forma es someterlos “a condiciones de vida precarias

⁴¹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *op. cit.*

⁴² Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *cit.*, párr. 178.

⁴³ *Ibidem*, párr. 189.

⁴⁴ Corte IDH, caso de la *Comunidad Xákmok Káser*, *cit.*, párr. 217.

⁴⁵ Corte IDH, el caso *Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012. Se presenta por la falta de protección por parte del Estado del territorio de la comunidad, frente a la concesión estatal de tierras indígenas para explotación petrolera, sin previo proceso de consulta y consentimiento, párr. 146.

o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma”.⁴⁶

Ante inversiones que provocan impacto en territorios de los pueblos indígenas, como la detonación de explosivos que causan grandes y graves daños, el Estado debe garantizar la participación efectiva de éstos, según sus tradiciones y costumbres, consultándoles de manera informada en las primeras etapas del plan de desarrollo y no en la etapa final, como un mero trámite. Asimismo, hacer que los pueblos conozcan los posibles beneficios y riesgos para aceptar o no el plan de desarrollo o inversión propuesto. Incumplir genera responsabilidad.⁴⁷

La información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas es un asunto público,⁴⁸ por ello, como dijo en el caso *Saramaka*, para que la realización de estas actividades en los territorios ancestrales no constituya una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe consultar a la comunidad, realizar un estudio de impacto ambiental y en su caso compartir de modo razonable, los beneficios que nazcan de la explotación de los recursos naturales como una forma de indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH.⁴⁹

También se ha pronunciado sobre la compatibilidad de los derechos de los pueblos indígenas con el medio ambiente, especialmente sobre áreas protegidas y tierras tradicionales de las comunidades. En el caso *Pueblos Kaliña y Lokono* dijo que es necesario compatibilizar la protección de áreas protegidas con el uso y goce adecuado de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. “Un área protegida no consiste solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y por ello incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo”. En general, estos pueblos pueden jugar un papel importante en la conservación de la naturaleza, ya que algunos usos tradicionales son sustentables e importantes para la eficacia de las

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 147.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 177.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 230.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 157. Criterio que se repite en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, punto 16 de la parte resolutive.

estrategias de conservación. Por tanto, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales del medio ambiente deben entenderse como complementarios y no excluyentes.⁵⁰

Para la Corte es compatible el control, el acceso y la participación en áreas del territorio de una reserva por los pueblos indígenas, “pero también resulta razonable que el Estado pueda tener control, acceso y manejo de áreas de interés general, estratégico y de seguridad que le permita ejercer su soberanía, y/o proteger sus límites territoriales”.⁵¹ El Estado, según sus compromisos nacionales e internacionales, debió procurar la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y los derechos colectivos de los pueblos a fin de garantizar, “el acceso y uso de sus territorios ancestrales, a través de sus formas tradicionales de vida en las reservas; brindar los medios para participar de manera efectiva con los objetivos de las mismas; principalmente, en el cuidado y conservación de las reservas; participar en los beneficios generados por la conservación”.⁵² Al no hacerlo violó el artículo 21 de la CADH.⁵³

Incide en el respeto de las tierras y recursos porque cualquier proyecto o intervención en el medio ambiente en que se desarrollan las personas, puede ser un riesgo a su vida y a su integridad personal. Tienen derecho a la protección y conservación de su medio ambiente y a la capacidad productiva de sus territorios y recursos naturales.⁵⁴

Encontramos en la jurisprudencia otros casos individuales en el que se advierte la relación de los DDHH con el medio ambiente. En el caso *Claude* reitera la importancia de la información y señala que el acceso a la información era de interés público, y el personal encargado de brindarla no adoptó una decisión fundamentada sobre la negación, incumpliendo los parámetros convencionales.⁵⁵ Es indispensable en una sociedad democrática que las autoridades estatales “se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual

⁵⁰ Caso *Kaliña y Lokomo...*, cit., párr. 173.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 191.

⁵² *Ibidem*, párr. 192.

⁵³ *Ibidem*, párr. 290.

⁵⁴ Corte IDH, caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de octubre de 2015, párrafo 296.

⁵⁵ Corte IDH, caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006. En este caso el Señor Claude y otros solicitaron información al Estado sobre un contrato de inversión extranjera entre el Estado y dos empresas extranjeras, aunadas a una empresa chi-

establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”.⁵⁶ Señala que las decisiones que puedan afectar DDHH deben ser motivadas, en caso contrario serán arbitrarias.

El acceso a la información en general es importante, pero cada vez más adquiere mayor relevancia el acceso a la información ambiental y se está convirtiendo en una preocupación primordial para aquellos que aspiran a la plena realización del disfrute de todos los DDHH recogidos en los tratados, por cuanto un entorno seguro y limpio tiene que ver con el disfrute del derecho a la vida, la salud, entre otros derechos.⁵⁷

El derecho de acceso a la información en general se entiende como un derecho humano fundamental de todo individuo. También lo es el derecho de acceso a la información ambiental, que no es más que una parte constitutiva de esta última. Sin embargo, un intento de identificar este derecho humano fundamental como un derecho independiente de los instrumentos básicos de derechos humanos existentes no tendría éxito simplemente porque se entiende que el derecho se combina principalmente con otros derechos humanos, incluidos, entre otros, el derecho de libertad de expresión, el derecho a la vida, el derecho a la privacidad, el derecho a la salud y otros más.⁵⁸

En el caso *Salvador Chiriboga*, se refirió a la compatibilidad del interés particular y el interés público, que incluye la protección del medio ambiente y dijo que

El Estado violó el derecho a la propiedad privada por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano de Quito, pero el Estado no respetó las exigencias básicas para restringir el derecho a la propiedad acogidos en los principios generales del derecho internacional y señalados en la Convención.⁵⁹

lena receptora, para desarrollar un proyecto de industrialización forestal, debido al impacto ambiental que podía tener.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 92.

⁵⁷ Oda Aklilu, Tesfaye, *Access to Environmental Information in International Human Rights Law*, Moldavia, Lambert Academic Publishing, 2013, p. 17.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Corte IDH, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción preliminar y fondo, sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 116.

No tuvo en cuenta los mecanismos para esta situación, como el derecho a las garantías judiciales al no resolver el recurso planteado dentro de un plazo razonable, haciéndolo ineficaz, privándole de su bien y del pago de una justa indemnización a la víctima. Lo cual convirtió la expropiación en arbitraria.⁶⁰ Más tarde, en la sentencia de interpretación, recoge lo dicho en la de fondo:

...la existencia del interés legítimo de la expropiación basado en las razones de utilidad pública con fundamento en la protección del medio ambiente, lo cual resulta en el beneficio social que genera el Parque Metropolitano, que es de vital importancia para la ciudad de Quito, y el predio expropiado representa un gran aporte no sólo para el parque en sí, sino para toda la sociedad y el medio ambiente en general. Pero, el Estado incumplió con el pago exigido por el artículo 21.2 y los criterios de plazos razonables en perjuicio de la víctima.⁶¹

Así, para la Corte Interamericana, el interés general basado en la protección del medio ambiente es causa de utilidad pública legítima. Años más tarde a este pronunciamiento, el 15 de diciembre de 2015, en el ámbito europeo, el TEDH en el caso *Matczynski contra Polonia*, se pronunció también acerca de las restricciones sobre el uso de tierras de propiedad privada del demandante por motivos ambientales, dándole la razón al Estado tomando en cuenta determinadas circunstancias. En este caso, “el TEDH recordó que la propiedad privada también puede tener una función social, que ha tenerse en cuenta a la hora de afirmar si existe un “justo equilibrio”.”⁶²

En el caso *Kawas Fernández*, defensora ambientalista asesinada, donde el Estado no realizó las investigaciones oportunas, se refirió al efecto amedrentador sobre las personas que se dedican a la defensa del medio ambiente o se encuentran vinculadas a este tipo de causas y donde la impunidad hace que este efecto se acentúa y agrave.⁶³ El trabajo de la preservación del

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 117.

⁶¹ Corte IDH, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia de 29 de agosto de 2011 (Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas), párr. 27.

⁶² Fernández Egea, Rosa M., “Jurisprudencia ambiental internacional”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Barcelona, vol. 7, núm. 1, 2016, p. 7.

⁶³ Corte IDH, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009, párrs. 98-100, 152, 153 y 189.

ambiente concierne e interesa a todos ya que va más allá del derecho particular de alguno o algunos.⁶⁴

El avance en la relación de los DDHH con el medio ambiente en el SIDH es evidente, pero no hay que olvidar que existe un desarrollo importante sobre la dimensión ambiental de ciertos derechos, a la vida, a la salud y a la participación pública y el acceso a la información por parte de otros órganos, de carácter universal y regional sobre la promoción y protección de los DDHH.⁶⁵

2. Interpretación del artículo 26 de la CADH sobre DESC por la Corte Interamericana y su incorporación en el catálogo de la Convención Americana

Es sus más de 40 años de funcionamiento, sólo había interpretado los artículos sobre derechos civiles y políticos, por ello es relevante la judicialización de los DESC del artículo 26.⁶⁶ La sentencia que marca un antes y un después es el caso *Lagos del Campo*⁶⁷ en el que reconoce el derecho a la estabilidad laboral al amparo del artículo 26 de la CADH, con base en el principio *iura novit curia* y el artículo 29 de la CADH, ya que la Comisión no lo había solicitado.⁶⁸ Su argumento es la indivisibilidad e interdependencia

⁶⁴ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, párrs. 11 y 12.

⁶⁵ Cfr. Anton, Donald y Shelton, Dinah, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 986.

⁶⁶ Cfr. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, San José de Costa Rica, p. 193, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf> (última visita, julio de 2020).

⁶⁷ Aunque ya en el caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1o. de julio de 2009, se había pronunciado sobre su competencia para pronunciarse sobre todos los artículos y disposiciones de la Convención incluido el artículo 26. Manifestó que como todo órgano con funciones jurisdiccionales tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*). Además, señaló que Perú había asumido la competencia contenciosa de la Corte y ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en la violación de alguno de los derechos reconocidos en la CADH.

⁶⁸ Bajo este mismo argumento se pronuncia en el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de febrero de 2018 sobre el artículo 26, párr. 219.

de los DDHH,⁶⁹ así como su derecho de resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, ya dicho en el caso *Acevedo Buendía*. Afirma que los términos amplios en que está redactada la CADH le permite ejercer jurisdicción plena sobre todos sus artículos.⁷⁰ Así lo hace y condena al Estado por la violación del artículo 26.

Es relevante ver los votos razonado y concurrente de los jueces Roberto Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, respectivamente. Ambos destacan la importancia de la sentencia y la consideran histórica y un gran paso jurisprudencial. Denominan a los DESC —Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales— (DESCA). Para Caldas el cambio es por el enfoque y protección del derecho ambiental como DDHH, además de que el derecho ambiental es parte esencial e interdependiente de los derechos sociales. Destaca la labor de la Corte en la protección también de los DESC. “El Tribunal lo venía haciendo como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, cuando en muchos casos, en verdad, era el principal derecho reivindicado. Por ello hasta el día de hoy muchos consideran, incluso juristas, que no cabía encausar una petición directa sobre DESC en el sistema interamericano”.⁷¹ Según sus palabras marca un hito y constituye un precedente importante, al tiempo que abre la puerta a la interpretación de otros derechos que derivan del artículo 26 de la CADH; además, es un paso adicional en la consolidación de la interdependencia e integralidad de los DDHH.⁷² En la misma línea Ferrer Mac-Gregor destaca la interpretación evolutiva del artículo 26, al dar justiciabilidad plena y directa de los

⁶⁹ Son muchos los casos en que se ha pronunciado sobre la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los DESC, que deben ser entendidos íntegramente como DDHH, no debe existir jerarquía entre ellos y debe ser exigible ante cualquier autoridad competente en todos los casos. *Cfr.*: Corte IDH, caso H. caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1o. de julio de 2009, párrafo 101; caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1o. de septiembre de 2015, párr. 172; caso *Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 141; caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 100; caso *Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 86.

⁷⁰ Corte IDH, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 141 y 142.

⁷¹ *Cfr.* Voto razonado del juez Roberto F. Caldas, párr. 2.

⁷² *Ibidem*, párr. 60.

DESCA.⁷³ Señala que el artículo 26 no es sólo una norma programática para los Estados, “sino que constituye una disposición que impone a la Corte la obligación de remitirse a la Carta de la OEA para lograr la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en dicha Carta”.⁷⁴ Ahora, la Corte “puede abordar diversas problemáticas que se le presentan, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de los DESCAs en los derechos civiles y políticos; sino teniendo una visión social más amplia de las violaciones que se presenten en los futuros casos”.⁷⁵

Por otro lado, está el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, quien muestra su desacuerdo que al amparo del artículo 26 se proteja el derecho al trabajo y la estabilidad laboral y que la CADH no considera a la Corte como órgano encargado de proteger este derecho. Dice que ello no significa que no esté a favor de judicializar los DESC, pero

Debe hacerse por quien detenta la titularidad de la función normativa internacional, esto es, los Estados a través de tratados, costumbre internacional, principios generales de derecho o de actos jurídicos unilaterales. No parece conveniente que el órgano al que le compete la función judicial interamericana asuma la función normativa internacional, máxime cuando los Estados parte de la Convención son democráticos y a su respecto rige la Carta Democrática Interamericana que prevé la separación de poderes y la participación ciudadana en los asuntos públicos, lo que parecería que también debería reflejarse en lo atinente a la función normativa internacional, particularmente de aquellas normas que les conciernen más directamente.⁷⁶

⁷³ *Cfr.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 1o.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 3o.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 52.

⁷⁶ Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Conclusión, párr. 4. Véase también en la misma línea el voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto a la sentencia de 8 de marzo de 2018 en el caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, párr. 3. En palabras de este juez, la justiciabilidad de los DESCAs mediante la aplicación directa del artículo 26 presenta dos carencias. El artículo 26 no tiene contenido y remite a la Carta de la OEA y que la Carta tampoco contiene catálogo que permita derivar de ellos obligaciones exigibles a los Estados por vía del sistema de peticiones individuales: y en todo caso, reconoce derechos de naturaleza prestacional. La segunda, que el argumento utilizado en la sentencia para justificar la competencia de la Corte ignora que los Estados acordaron, en el Protocolo de San Salvador, que la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los DESC, a través del sistema de

En efecto, el Protocolo de San Salvador no da potestad a los órganos del SIDH para pronunciarse sobre este derecho.

Con todo, es jurisprudencia cuyo cumplimiento se exige a los Estados que asumieron la competencia contenciosa de la Corte, teniendo en cuenta el control de convencionalidad, que viene desarrollando y exigiendo la Corte Interamericana desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006). Hoy en día, se puede reivindicar derechos al amparo del artículo 26. En el caso *Poblete Vilches*, afirma que la CADH incorporó los DESCAs en su catálogo de derechos protegidos,⁷⁷ a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la OEA, así como de las normas de interpretación del artículo 29 de la CADH.⁷⁸ De esta manera, incorpora el derecho a la salud bajo el artículo 26. Continúa ampliando el contenido y alcance del artículo 26 y justificando su competencia⁷⁹ por cuanto reconocer derechos bajo un artículo sin contenido, no ha sido nada pacífico. Esta jurisprudencia exige de los Estados una labor más activa frente al cumplimiento de los DESCAs reconocidos en el artículo 26.⁸⁰

3. *Más allá de los casos contenciosos: el aporte contundente de la Corte Interamericana sobre la relación del medio ambiente con los derechos humanos a través de una opinión consultiva*

El pronunciamiento más rotundo y contundente de la relación de los DDHH y el medio ambiente está en la Opinión Consultiva OC-23/17 del

peticiones individuales, queda restringido a algunos aspectos del derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación.

⁷⁷ Por vez primera hace referencia expresa a los DESCAs. La Comisión Interamericana ya hacía referencia a esta concepción con anterioridad. En 2014, este órgano decidió crear una “Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales”, que funciona desde el 2017.

⁷⁸ Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, reparaciones y costas, párr. 103.

⁷⁹ Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 85-96.

⁸⁰ *Cfr.* Corte IDH, caso *Muelle Flores vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de marzo de 2019. En este caso se pronuncia sobre el derecho a la pensión como parte de los DESCAs y por ende justiciable. Define el derecho a la seguridad social como un derecho autónomo.

15 de noviembre de 2017, sobre las obligaciones de los Estados 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.

La Corte se refiere a la amplia existencia del *corpus iuris* de derecho ambiental internacional y acude a la interpretación sistemática de la CV69 que dice que

...las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen [y] estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional de protección ambiental al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la CADH, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados.⁸¹

Dice que no es el autorizado para emitir una interpretación directa de los tratados de derecho ambiental, pero los principios, derechos y obligaciones que están en ellos, contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la CADH, y así lo hace.

Afirma que es innegable la existencia de la relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros DDHH, además de que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los DDHH. Dice que hay un amplio reconocimiento internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los DDHH desde la Declaración de Estocolmo,⁸² y de esta interdependencia e indivisibilidad surgen muchos puntos de conexión por los cuales todos los DDHH son vulnerables a la degradación ambiental, así el pleno disfrute de todos los DDHH depende de un medio propicio.⁸³ La Agenda 2030 señala que el alcance de los DDHH de todas las personas depende de lograr las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la medioambiental.

Considera que el derecho a un ambiente sano recogido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador debe incluirse entre los DESC protegido por el artículo 26 ya que aquí están protegidos los derechos que nacen

⁸¹ Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párr. 44.

⁸² *Ibidem*, párr. 52.

⁸³ Corte IDH, OC-23/17, *cit.*, párrs. 47-55.

de las normas económicas, sociales y sobre la educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la DADH y los que se deriven de una interpretación de la CADH conforme al artículo 29 de la CADH.⁸⁴ Así, ha entendido el *derecho humano a un ambiente sano* como un derecho individual y colectivo. Lo reconoce como un derecho autónomo ya que, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, sin que exista certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas. Como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.⁸⁵

Los daños ambientales afectan a todos los DDHH, aunque algunos son más susceptibles que otros. La Corte los divide en *derechos sustantivos* (derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, etcétera)⁸⁶ y *derechos de procedimiento* cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales (derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo).⁸⁷ Los mismos que pueden ser más afectados en ciertos grupos de personas en situación de vulnerabilidad (pueblos indígenas, niños y niñas, entre otros); por ello, los Estados deben tener en cuenta las diferencias para garantizar el goce y disfrute de los derechos de la CADH sin discriminación.

Sobre el *alcance del término jurisdicción en la CADH* recuerda la obligación del Estado que nace del artículo 1.1 de la CADH y sostiene que el deber de respeto y garantía de los DDHH es sobre todas las personas presentes en el territorio del Estado o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control. Así, la jurisdicción del artículo 1.1 no se limita al territorio nacional de un Estado, contempla también circunstancias en que conductas extraterritoriales de los Estados constituyan un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado. A efectos de la CADH, si ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 57.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 62 y 63.

⁸⁶ La Corte, en esta opinión consultiva, recuerda, lo señalado en el caso *Artavia Murillo vs. Chile*: que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; afirmó asimismo que la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud.

⁸⁷ *Cfr.* OC-23/17, *cit.*, párr. 64.

las personas cuyos derechos han sido vulnerados están bajo la jurisdicción del Estado de origen, si hay una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los DDHH de personas fuera de su territorio. Sobre el contenido y alcance general de las *obligaciones derivadas de respetar y garantizar* los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto de la protección de medio ambiente, dijo que los Estados deben cumplir obligaciones para daños ocurridos dentro de su territorio o que traspasen sus fronteras:

- En la obligación de *prevención* no hay un catálogo de medidas para cumplir con esta obligación, pero sí algunas obligaciones mínimas que deben adoptarse para prevenir violaciones de los DDHH como consecuencia de daños ambientales: regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental producido aunque se hubieran adoptado acciones preventivas antes.
- Deben actuar los Estados conforme al *principio de precaución*, a fin de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente.
- Tienen la obligación de *cooperar*, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente. Al tomar conocimiento de que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos, debe notificar a los Estados que pudieran resultar afectados, igual actuación en casos de emergencias ambientales. La negociación es esencial.
- Las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente, a fin de establecer y determinar las obligaciones derivados de la interpretación sistemática de dichas normas junto con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal recogidos en la CADH. La Corte reconoce el carácter instrumental de algunos derechos de la CADH. Entre ellos: el *derecho de acceso a la información*, siempre que permite la satisfacción de otros derechos en la CADH, incluidos el derecho a la salud, la vida o la integridad personal. La *participación pública*, a través de diversos

mecanismos como las audiencias públicas, la notificación y consulta, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial; y *el acceso a la justicia* recogido en los artículos 8o. y 25, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.⁸⁸

Es de mencionar que la Corte se refiere, entre otros, a los tres principios u obligaciones principales consolidadas en materia de protección medioambiental, cuyo amplio desarrollo se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ): el principio de prevención en el marco de la diligencia debida, la obligación de cooperación y la exigencia de una evaluación de impacto ambiental.⁸⁹ En relación con la jurisprudencia del TIJ, Viñuelas identifica una matriz consuetudinaria que consiste en la exigencia de diligencia debida en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber: la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, así como la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental.⁹⁰

En la última sentencia hasta la fecha, vinculada con los pueblos indígenas, la Corte reconoce el derecho a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, y la interdependencia entre estos derechos y especificidades en relación con los pueblos indígenas.⁹¹

En los casos contenciosos mencionados a lo largo de este trabajo, como ya es habitual y un distintivo de la Corte IDH, hay un amplio desarrollo sobre las reparaciones que los Estados deben cumplir como consecuencia de la violación de diversos derechos recogidos en la CADH. Un desarrollo que va más allá de lo establecido en el artículo 63 de la CADH.⁹² Para la Corte, las sentencias constituyen *per se* una forma de reparación; no obstante, ha

⁸⁸ Cfr. OC-23/17, *cit.*, párrs. 211-241.

⁸⁹ Viñuelas, Jorge E., “La protección ambiental en el derecho...”, *cit.*, p. 72.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁹¹ Corte IDH, caso *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, sentencia de Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁹² Véase: Quispe Remón, Florabel, “Protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Navarra, vol. 32, 2016, pp. 225-258.

establecido diversas medidas para cada caso en concepto de reparación que los Estados deben cumplir. Medidas de *restitución*, entre otros, la delimitación de las tierras de los pueblos indígenas, la regulación en el otorgamiento de títulos de propiedad sobre las tierras tradicionales que poseen, etcétera; *satisfacción*, entre otras, la publicación de la sentencia, realizar acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional, publicación y radiodifusión de la sentencia, la construcción de monumentos, etcétera; *garantías de no repetición*, entre otros, regular y realizar consulta previa, capacitar a funcionarios estatales sobre derechos de los pueblos indígenas, etcétera; *indemnización compensatoria por daños materiales e inmateriales*, costas y gastos. Estas medidas proceden sólo en los casos contenciosos, no en las opiniones consultivas por cuanto no hay *litis*, ni Estado responsable de la violación de DDHH. Es sólo interpretación de algún derecho de la CADH y/o de otros tratados del SIDH. Su aplicación es general.

IV. CONCLUSIONES

Los instrumentos marco de DDHH en el SIDH focalizan su atención en los derechos civiles y políticos y crean dos órganos para su protección. Dos décadas después se adopta el protocolo que reconoce de manera específica los DESC, sin órganos de protección que vigilen su cumplimiento. El artículo 11 de este instrumento hace referencia al medio ambiente, pero aclara que ni la Comisión ni la Corte son competentes para pronunciarse sobre este artículo.

La Corte, como órgano judicial del SIDH encargado de interpretar la CADH, desde su primera sentencia ha venido realizando una interpretación amplia de la misma siempre *pro homini*. Sus interpretaciones han sido sobre los derechos civiles y políticos reconocidos en la CADH, pero el medio ambiente no está dentro éstos, ni en el artículo 26 (DESC). En los últimos cinco años ha llegado a pronunciarse sobre el artículo 26 y le ha dado contenido, reconociendo el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social o al medio ambiente dentro este artículo. De esta forma judicializa los DESC y además incorpora al medio ambiente dentro de éstos y pasa a denominarles DESCA, basándose en el avance sobre el tema en el SIDH.

A partir de 2001 hay una amplia jurisprudencia en la que vincula los derechos civiles y políticos con el medio ambiente. La sentencia que marca

un punto de inflexión es el caso conocido como *Awás Tingni vs. Nicaragua*. Desde entonces encontramos muchas sentencias vinculadas especialmente con los derechos de los pueblos indígenas sobre la falta de demarcación de territorios ocupados por pueblos indígenas, concesión de tierras vinculadas con los pueblos indígenas por parte del Estado a empresas nacionales o extranjeras para la exploración y con la explotación de recursos naturales, entre otros. En ellas se advierte un amplio desarrollo del artículo 21 de la CADH sobre el derecho a la propiedad privada que hace extensivo a la propiedad comunal o colectiva; asimismo, destaca la relación esencial y especial que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras, así como sus recursos naturales sobre los que se le reconoce derechos específicos. En todas las sentencias destaca la relación íntima que existe entre los pueblos indígenas y el medio ambiente, incluidos los derechos que nacen de ella. Sus argumentos van orientados a destacar la importancia del medio ambiente sano para el ejercicio de muchos DDHH y a reconocer el medio ambiente sano como un DDHH.

En 2017 emite la opinión consultiva sin precedentes en la que plasma con contundencia aquella aspiración que venía mencionando a lo largo de sus sentencias, ampliando finalmente el contenido de la CADH, al señalar que el derecho a un ambiente sano es un derecho humano. Hay una relación estrecha entre el medio ambiente, la vida y la calidad de vida de las personas. El reconocimiento como un derecho humano amplía el catálogo de los DDHH reconocidos en la Convención.

En sus decisiones ha dado contenido a ciertos derechos, basando sus argumentos en la CADH y en otros instrumentos del SIDH, pero también en las fuentes del derecho internacional y en las normas en general. En normas básicas, generales, del derecho internacional como la CV69 y en tratados internacionales, resoluciones y otros documentos específicos vinculados con el medio ambiente que van desde la Declaración de Estocolmo hasta la Agenda 2030.

Sin duda, el aporte de la Corte a la humanización del medio ambiente en la región es ingente. Su reconocimiento como un derecho humano, hace que sea un derecho inherente al ser humano y la convierte en un derecho subjetivo, que exige a los Estados que forman parte de la OEA, la adopción de mecanismos especiales para garantizar su reconocimiento y efectividad. Sin duda un reto muy grande e importante para los Estados y un logro para todos los seres humanos que se encuentren en la región americana.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTON, Donald y SHELTON, Dinah, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- BOYLE, Alan y ANDERSON, Michel (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- BOYLE, Alan, “Human Rights and Environment: Where. Next?”, *The European Journal of International Law*, Florencia, vol. 23, núm. 3, 2012.
- CORTE IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, No. 22: *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf>.
- DUPUY, Pierre-Marie, “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990.
- FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M., “Jurisprudencia ambiental internacional”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Barcelona, vol. 7, núm. 1, 2016.
- FRANCIONI, Francesco, “International Human Rights in an Environmental Horizon”, *The European Journal of International Law*, Florencia, vol. 21, núm. 1, 2010.
- JUSTE RUIZ, José, “El derecho internacional ambiental entre la evolución y la involución”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 45, 2020.
- JUSTE RUIZ, José, “La evolución del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista Catalana de Derecho Público*, Barcelona, núm. 15, 1992.
- KRAVCHENKO, Svitlana y BONINE, John E., “Interpretation of Human Rights for the Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, 2012.
- LOUKA, Elli, *International Environmental Law, Fairness, Effectiveness, and world Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008.
- ODA AKLILU, Tesfaye, *Access to Environmental Information in International Human Rights Law*, Moldavia, Lambert Academic Publishing, 2013.
- OEA/Ser. P. AG/doc. 4177/03 de 20 de mayo de 2003, disponible en: http://www.oas.org/xxiiiiga/spanish/docs/agdoc4177_03.htm.

- OEA/Ser.P, AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), 5 de junio de 2001, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag01/agres_1819.htm.
- QUISPE REMÓN, Florabel, “Protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Navarra, vol. 32, 2016.
- QUISPE REMÓN, Florabel, *El sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- SIMÓN, Fernando, “La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010/2.
- VERSCHUUREN, Jonathan, “Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to Sustainable Development in Europe”, en Scholtz, W. y Verschuuren J., (eds.), *Regional Integration and Sustainable Development in a Globalised World*, Londres, Edward Elgar Publishers 2014.
- VIÑUALES, Jorge E., “La protección ambiental en el derecho consuetudinario internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 69, núm. 2, 2017.

Treinta años de protección del derecho al medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: balance crítico de una jurisprudencia con luces y sombras

Thirty Years of Protection of the Right to the Environment by the European Court of Human Rights: Critical Balance of a Jurisprudence with Lights and Shadows

Treinte ans de protection de l'environnement par la Cour Européenne des Droits de l'homme: a bilan critique d'une jurisprudence avec des lumières et d'ombres

Daniel **García San José***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La ausencia de mención al medio ambiente en el sistema del Convenio Europeo*. III. *La toma en consideración indirecta del medio ambiente en el sistema del Convenio Europeo*. IV. *La pionera jurisprudencia: el establecimiento de un vínculo entre el ataque medioambiental*

* Universidad de Sevilla, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1288-9655>, da Garcia@us.es.

Artículo recibido el 25 de marzo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 109-150
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, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

y el particular. V. La subsiguiente jurisprudencia: la aceptación de que unas condiciones medioambientales pueden conllevar la violación de algunos de los derechos garantizados en el sistema del Convenio Europeo si el perjuicio sufrido por el particular resulta ser desproporcionado. VI. La expansión horizontal de la dimensión medioambiental del sistema del Convenio y la entrada en consideración de aspectos procedimentales. VII. ¿Riesgo de retroceso en la jurisprudencia medioambiental más reciente? VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

RESUMEN: Desde la sentencia del Tribunal Europeo del 9 de febrero de 1990 en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido* hasta hoy, han pasado 30 años en los que se ha producido jurisprudencia para tomar consideración en la protección del medio ambiente de los particulares por dos vías indirectas: cuando se es titular de derechos cuya garantía se exige en determinados supuestos y en virtud de un efecto reflejo, la protección del medio ambiente, y en cuanto que participe en la titularidad de un interés general del cual es un elemento integrante el medio ambiente y cuya salvaguardia permite imponer limitaciones en el goce de determinados derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo. En este estudio se aborda un examen crítico de las luces y sombras de esta rica jurisprudencia.

Palabras clave: jurisprudencia sobre medio ambiente, jurisprudencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos humanos y medio ambiente, medio ambiente como derecho humano.

ABSTRACT: Since the judgment of the European Court of February 9, 1990 in the case of *Powell and Rayner against the United Kingdom* until today, 30 years have passed in which there has been a rich jurisprudence taking into account the protection of the environment to individuals by two indirect means: as long as they are the owner of rights whose guarantee requires in certain cases and by virtue of a reflex effect, the protection of the environment, and as long as they participate in the ownership of a general interest of which it is an integral element of the environment and whose safeguarding allows imposing limitations on the enjoyment of certain rights recognized in the European Convention system. This study addresses a critical examination of the lights and shadows of that rich jurisprudence.

Key words: jurisprudence on the environment; jurisprudence, European Court of Human Rights; human rights and environment; environment as a human right.

RÉSUMÉ: Depuis l'arrêt de la Cour européenne du 9 février 1990 dans l'affaire *Powell et Rayner contre Royaume-Uni* jusqu'à aujourd'hui, trente ans se sont écoulés au cours desquels il y a eu une riche jurisprudence prenant en compte la protection de l'environnement des individus par deux voies indirectes: tant que vous êtes titulaire de droits dont la garantie nécessite dans certains cas et en vertu d'un effet réflexe, la protection de l'environnement, et que vous participez à la propriété d'un intérêt général dont l'environnement et dont la sauvegarde permet d'imposer des limitations à la jouissance de certains droits reconnus dans le système de la

Convention européenne. Cette étude aborde un examen critique des lumières et des ombres de cette riche jurisprudence.

Mots-clés: jurisprudence en matière d'environnement, jurisprudence, Cour Européenne des Droits de l'Homme, droits de l'homme et environnement, l'environnement en tant que droit de l'homme.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Convenio Europeo) del 11 de noviembre de 1950 es un tratado internacional de protección de derechos y libertades que permite a los individuos dependientes de la jurisdicción de un Estado que es parte en el mismo, presentar una demanda ante un órgano internacional —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo)—, incluso contra el Estado del cual son nacionales o bajo cuya jurisdicción se hallan, si alegan haber sufrido una violación de alguno de los derechos y libertades reconocidos en el sistema del Convenio Europeo, esto es, en el propio Convenio Europeo y en sus protocolos facultativos de contenido sustantivo (los números 1, 4, 6, 7, 12 y 13, que han añadido nuevos derechos a los reconocidos en el Convenio Europeo).

El signo distintivo del sistema del Convenio Europeo es el haber instituido un mecanismo institucionalizado de garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, con el fin de asegurar el respeto efectivo de las obligaciones asumidas por los Estados parte en dicho sistema.¹ En este sentido, guarda similitud con el sistema americano, como señaló el antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el profesor Augusto Cançado Trindade, al afirmar que

...la protección de los derechos humanos a la que se llega por el ejercicio de petición individual se efectúa a la luz de la noción de garantía colectiva subyacente a la Convención Americana... Es en este contexto que se ha de apreciar

¹ Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 19.

el amplio alcance de la *legitimatío ad causam* bajo el artículo 44 de la Convención Americana.²

En esta idea de garantía colectiva, que es coincidente en ambos sistemas regionales de protección de derechos humanos, juega un papel fundamental el principio de la efectividad de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, dentro del sistema del Convenio Europeo es posible apreciar la coexistencia de dos lógicas contrapuestas que no se aprecian en el sistema interamericano. La primera, centrípeta, impulsaría al Tribunal Europeo a asegurar el respeto efectivo de los derechos garantizados en el sistema del Convenio, por ejemplo, a través de una interpretación extensiva, dinámica y teleológica de tales derechos. La segunda lógica, inmanente al sistema del Convenio, por el contrario, es de carácter centrífugo y en virtud de ésta, el Tribunal Europeo tendría que tomar en cuenta la soberanía de los Estados, refrenándose de desarrollar una jurisprudencia demasiado audaz que pudiera inducir a los Estados que son parte en el sistema del Convenio a denunciar las obligaciones asumidas.³

Es en el contexto de esta doble lógica en el que el Tribunal Europeo ha elaborado la doctrina del margen de apreciación nacional —algo completamente ajeno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y que se aplica para valorar la compatibilidad con el Convenio Europeo de las restricciones permitidas en el ejercicio de algunos derechos reconocidos: derecho al respeto de la vida privada, familiar y del domicilio (artículo 8o. del Convenio), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9o. del Convenio), libertad de expresión (artículo 10 del Convenio), libertad de reunión y de asociación (artículo 11 del Convenio) y derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes (artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1).

La lógica de esta doctrina la ha recordado recientemente el propio Tribunal Europeo en su decisión del 4 de febrero de 2020, en el caso *Cicek contra Turquía*, cuando declara que

² Cançado Trindade, A. A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 48.

³ Manliverni, G., “Prólogo”, en Kastanas, E., *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Bruylant, 1996, p. ix.

El Tribunal Europeo reitera que el mecanismo de protección establecido por el Convenio es subsidiario de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos. Los Estados están exentos de responder ante un organismo internacional por sus actos antes de que hayan tenido la oportunidad de arreglar las cosas a través de su propio sistema legal... La regla del agotamiento de los recursos internos exige que las denuncias que se pretendan presentar posteriormente en Estrasburgo se hayan presentado ante el órgano interno correspondiente, al menos en lo sustancial y de conformidad con los requisitos formales y los plazos establecidos en la legislación interna y, además, debería haberse utilizado cualquier medio procesal que pudiera prevenir una violación del Convenio... Si la denuncia presentada ante el Tribunal no se ha presentado, explícita o sustancialmente, a los tribunales nacionales cuando podría haber sido planteada en el ejercicio de un recurso disponible para el demandante, se ha negado al ordenamiento jurídico nacional la oportunidad de abordar la cuestión de cumplimiento con el Convenio que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos pretende darle.⁴

El margen de apreciación nacional ha permitido al Tribunal Europeo encontrar un equilibrio óptimo entre el activismo y la autolimitación,⁵ entre la eficacia de su control y la necesidad de preservar la diversidad que predomina en un sistema europeo de protección de derechos humanos que abarca cuarenta y seis Estados de Eurasia (todos los que integran el Consejo de Europa más Turquía) tan diversos como Islandia y la Federación Rusa. La hipótesis que defendemos en este trabajo es que se ha producido una rica jurisprudencia en los últimos 30 años por dos vías indirectas de consideración del medio ambiente en conexión con los derechos y libertades garantizados en el Convenio Europeo, pese a no incluir referencias al medio ambiente (epígrafes 1 a 3), y que el análisis crítico de esta jurisprudencia arroja luces y sombras (epígrafes 4 a 6), pudiendo afirmarse que estamos asistiendo a un riesgo de retroceso en la jurisprudencia medioambiental más reciente del Tribunal Europeo (epígrafe 7).

⁴ Parágrafo 19 de la Decisión del Tribunal Europeo de 4 de febrero de 2020, sobre admisibilidad en el caso *Cicek y otros contra Turquía*. Toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo que se cita en este estudio puede consultarse en la web del propio Tribunal, gracias a su sistema de búsqueda HUDOC que puede consultarse en: <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁵ Mahoney, P., "Judicial Activism and Judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same Coin", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990, p. 65.

II. LA AUSENCIA DE MENCIÓN AL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO

A diferencia de otros instrumentos regionales de protección de derechos humanos en los que figura una mención expresa al medio ambiente, en el sistema del Convenio Europeo no aparece ningún derecho al medio ambiente. Por ejemplo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, firmado en San Salvador durante la XVIII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 18 de noviembre de 1988, consagra en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano entre los derechos económicos, sociales y culturales que enuncia. De igual modo, la existencia de un derecho al medio ambiente ha sido reconocido en la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos, si bien con un carácter colectivo; igualmente, figura en la Declaración de las Obligaciones Básicas de los Pueblos y Gobiernos de Asia, adoptada por unanimidad por la Primera Asamblea General del Consejo Regional sobre Derechos Humanos en Asia, el 9 de diciembre de 1983, en Yakarta (Indonesia).

Esta deficiencia del sistema del Convenio Europeo respecto a otros textos internacionales de carácter regional sobre protección de derechos humanos y libertades fundamentales, que sí recogen un derecho humano al medio ambiente, se explica en parte por la fecha de su redacción, en noviembre de 1950; esto es, en un momento histórico anterior a la concienciación y preocupación por la protección global del medio ambiente en el derecho internacional contemporáneo, como se enunció por primera vez en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano de 1972 y en la Declaración surgida de la misma. Es cierto, sin embargo, que desde 1950 hasta hoy ha habido tiempo más que suficiente para que se abordara —en caso de existir la voluntad política necesaria— el proceso conducente a la adopción de un protocolo facultativo de carácter sustantivo que ampliara el catálogo de derechos protegidos en el sistema del Convenio Europeo al incluir nuevos derechos en conexión con la protección del medio ambiente.

En estos 70 años no se ha hecho nada parecido y de nuevo, tratando de encontrar una explicación, cabría pensar que los requisitos *sine qua non* que recoge el artículo 3o. del Estatuto del Consejo de Europa para ser Estado miembro de esta organización y, por ende, Estado parte en el Convenio Europeo —ser Estados democráticos, pluralistas y que reconozcan la pree-

minencia del derecho y de los derechos humanos— no oculta un trasfondo de profundas diferencias culturales y políticas entre los 46 Estados participantes en este mecanismo regional de protección de derechos humanos, lo cual hace difícil alcanzar la voluntad política necesaria para que un Protocolo facultativo de carácter sustantivo al Convenio Europeo sea adoptado con éxito.

Precisamente ha sido señalado por el profesor Michel Melchior que la interpretación evolutiva del Convenio desarrollada por el Tribunal Europeo, ampliando el contenido de los derechos ya garantizados y actualizando su contenido conforme han evolucionado los valores morales y las concepciones en las sociedades democráticas, ha servido para corregir el inmovilismo inmanente al proceso de complementación de los derechos y libertades garantizados en el Convenio a través de nuevos protocolos adicionales de contenido sustantivo.⁶

Siendo honestos, hay que señalar, además, que aun cuando el artículo 11 del Protocolo de San Salvador consagra el derecho humano al medio ambiente, las obligaciones asumidas por los Estados que son parte en el mismo resultan muy débiles a la luz del artículo 1o. de dicho Protocolo pues éstos sólo “se comprometen a adoptar las medidas necesarias... Hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. Asimismo, el sistema de control del respeto de este derecho humano al medio ambiente por parte de los Estados que voluntariamente se comprometan a ello, ha sido durante años preferentemente el del sistema de informes periódicos dirigidos con carácter anual a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, un órgano de naturaleza política, excluyéndose expresamente la intervención de los órganos jurisdiccionales, la Comisión y la Corte Interamericana, en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.⁷ Como veremos más adelante, el carácter de *soft law* del artículo

⁶ Melchior, M., “Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention Européenne de Droits de l’Homme”, en Matscher, Franz y Petzold, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights. The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 415.

⁷ Con ello, en nuestra opinión, el alcance del derecho al medioambiente consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador no difiere de las referencias que pueden encontrarse en multitud de resoluciones y recomendaciones que, como ha manifestado el profesor

11 no ha sido impedimento para que los órganos jurisdiccionales aludidos hayan tomado conciencia de la dimensión medioambiental de algunos de los derechos reconocidos en el sistema interamericano, en el contexto de demandas introducidas por comunidades indígenas y tradicionales, o en relación con la protección de defensores medioambientales.

Todas estas carencias apuntadas con relación al sistema del Convenio Europeo que no reconoce un eventual derecho al medio ambiente resultan relativas, sin embargo, si se considera el hecho de que en el sistema del Convenio Europeo la existencia y efectividad de un derecho al medio ambiente no se encuentra condicionada por el requisito de su explícita positivación, en la medida en que se ha previsto un mecanismo de garantía de los derechos y libertades reconocidos que permite la protección indirecta del derecho humano a un medio ambiente sano o equilibrado.

De hecho, se cumplen 30 años de la sentencia del Tribunal Europeo del 9 de febrero de 1990, en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido* en la que por primera vez dicho órgano judicial consideró que unas condiciones medioambientales insalubres —en el caso, una contaminación acústica— eran constitutivas de una injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar, así como al respeto del domicilio).⁸

III. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN INDIRECTA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO

Como estudió a comienzos de los años noventa la profesora Maguelone Dejeant-Pons, para los particulares la protección de un eventual derecho al medio ambiente en conexión con el sistema del Convenio Europeo sería

Alexander Kiss, “con independencia del impacto que puedan haber tenido en los medios de comunicación, no son obligaciones desde un punto de vista legal”. Kiss, A., “An Introductory Note on a Human Right to Environment”, en Brown Weiss, Edith (ed.), *Environmental Change and International Law*, Tokio, United Nations University Press, 1992, p. 199.

⁸ Sin embargo, el Tribunal Europeo consideró justificada dicha injerencia a la luz de los requisitos exigidos en el párrafo segundo de dicho artículo 8o. del Convenio. Esto es, entendió el Tribunal Europeo que dicha contaminación acústica producida por el vuelo de aviones despegando y aterrizando en el aeropuerto de Heathrow, era una medida prevista legalmente y necesaria en una sociedad democrática para el fin legítimo del bienestar económico del país.

indirecta en cuanto se es titular de derechos cuya garantía se exige en determinados supuestos y en virtud de un efecto reflejo, la protección del medio ambiente, además de que participe en la titularidad de un interés general del cual es un elemento integrante el medio ambiente y cuya salvaguardia permite imponer limitaciones en el goce de determinados derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo.⁹

Esta protección indirecta o “par ricochet”, en la terminología acuñada por el profesor Gérard Cohen-Jonathan,¹⁰ es intrínseca a la misma naturaleza del sistema del Convenio Europeo en la medida en que sus redactores pensaron en un mecanismo vivo, destinado a durar en el tiempo, y que permitiese a sus órganos garantes (originariamente la Comisión junto al Tribunal Europeo, hoy día sólo este último) interpretarlo a la luz de las condiciones actuales más que en consideración al momento histórico de su redacción.¹¹ Así lo ha entendido el propio Tribunal Europeo aplicando una interpretación flexible al Convenio Europeo a fin de que éste no pierda progresivamente su efectividad con el paso del tiempo. La mejor expresión de esta filosofía judicial se encuentra, en mi opinión, en la sentencia del Tribunal Europeo del 7 de julio de 1989 cuando este órgano afirma que el Convenio Europeo: “debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos y de las libertades fundamentales. El objeto y el fin de este instrumento de protección de los seres humanos exigen que sus disposiciones sean comprendidas y aplicadas de modo concreto y efectivo”.¹²

La forma indirecta, sucintamente expuesta, en que la protección de un derecho humano al medio ambiente ha sido considerada en los últimos 30 años por el Tribunal Europeo es cuando un ataque medioambiental que afecte a un particular se conecta con los derechos y libertades garantizados en el sistema del Convenio. Dicho de otro modo, considerando que el disfrute

⁹ Déjeant-Pons, M., “L’insertion du droit de l’homme à l’environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l’homme”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, vol. 3, núm. 11, 1991, p. 461.

¹⁰ Cohen-Jonathan, G., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, París, Economica, 1989, p. 82.

¹¹ Bernhardt, R., “Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties”, en Matscher, Franz y Petzold, Herbert (eds.), *op. cit.*, p. 71.

¹² Caso *Soering contra Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 1989, serie A, núm. 161, párrafo 87.

de los derechos garantizados en el sistema del Convenio Europeo y unas adecuadas condiciones medioambientales están intrínsecamente conectadas de tal modo que sin asegurar éstas resulta imposible garantizar aquéllos. En este sentido, puede apreciarse alguna semejanza con el desarrollo seguido en el sistema interamericano de derechos humanos al establecer interrelaciones entre temas ambientales y derechos directamente protegidos en dicho sistema regional, como ha sido objeto de estudio entre los autores.¹³ Ahora bien, un examen atento a dicha jurisprudencia interamericana permite apreciar las notables diferencias con respecto a su homóloga europea mucho más rica y amplia que aquélla centrada, en lo que a la Comisión Interamericana se refiere, a la protección de los defensores ambientales,¹⁴ y en cuanto a la Corte Interamericana, relativa a conocer de violaciones de los derechos de comunidades indígenas y tradicionales,¹⁵ con alguna excepción como el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*.¹⁶

Desde la sentencia del Tribunal Europeo de 9 de febrero de 1990, en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido* en la que por primera vez dicho órgano judicial consideró que unas condiciones medioambientales insalubres eran constitutivas de una injerencia en el ejercicio de los derechos recono-

¹³ Véase los trabajos de los profesores Valerio de Oliveira Mazzuoli y Gustavo de Faria Moreira Teixeira, “La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4, 2014 y 2015, pp. 193-226. Igualmente: Borrás, S., “La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, 2015 y 2016, pp. 3-25.

¹⁴ Pueden verse los casos citados por la profesora Susana Borrás en las notas al pie 22 a 24 de su trabajo citado en la nota anterior.

¹⁵ Pueden citarse, entre otros, los casos siguientes: caso de la *Comunidad Indígena Awastzingi Mayagna (Sumo) contra Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79; caso *Moiwana c. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124; caso de la *Comunidad Indígena Xakmok Kásék contra Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214; y el caso del *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil*, sentencia del 5 de febrero de 2018.

¹⁶ En este caso se trató la negativa del gobierno de Chile a proporcionar información sobre un proyecto de deforestación y la Corte Interamericana reconoció que el artículo 13 de la Convención Americana también incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, garantizando en las circunstancias particulares del caso, el acceso adecuado de cualquier individuo a la información sobre el medioambiente de que dispongan las autoridades. Véase los párrafos 78 a 81 de la sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

cidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar, así como al respeto del domicilio), hasta hoy, 30 años después, se ha desarrollado una rica jurisprudencia que ofrece luces y sombras.¹⁷ En las páginas siguientes es mi intención examinarla de un modo crítico planteando un debate jurídico acerca de dónde estamos por relación a de dónde venimos y hacia dónde debemos dirigirnos para una efectiva y plena protección del derecho humano al medio ambiente en el sistema del Convenio Europeo a falta de su inclusión en un protocolo facultativo de carácter sustantivo.

En la jurisprudencia medioambiental de los órganos garantes del sistema del Convenio Europeo (Comisión y Tribunal europeos) pueden apreciarse varias etapas: en un primer momento, figuran los casos en los que la cuestión a dilucidar fue saber si podía o no admitirse la condición de víctima de una violación del Convenio de un particular que se quejara de la responsabilidad de las autoridades de un Estado, por acción u omisión, en relación con unas condiciones medioambientales insalubres que le afectaban de manera directa. Es un periodo que llega hasta la referida sentencia del 9 de febrero de 1990 en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*, y de la cual destaca cómo se logra salvar la incompatibilidad *ratione materiae* con el sistema del Convenio Europeo como requisito *sine qua non* una demanda individual puede ser admitida. En una segunda etapa, de la que destaca la sentencia del Tribunal Europeo de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra contra España*, admitida ya la condición de víctima de una injerencia medioambiental en relación con el sistema del Convenio Europeo, se centraría en conocer en qué condiciones dicha injerencia podría ser o no constitutiva de una violación de las obligaciones asumidas por los Estados parte en dicho sistema, en las dos vías indirectas antes apuntadas: en tanto el medio ambiente fuera considerado como parte de un interés general legítimo que exigiría su protección a costa de restringir algunos derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo, aun cuando el artículo 8o. del Convenio no exige que las autoridades nacionales garanticen que todas las personas disfruten de una vivienda que cumpla con determina-

¹⁷ Nótese, a título de ejemplo, que el Tribunal Europeo ha encontrado que podía darse una violación del derecho a la vida privada y familiar de un recluso que se quejaba de los malos olores provenientes de un basurero cercano a su celda al entenderse que dicha celda era el único “espacio vital” de que disponía durante años. Sentencia del Tribunal Europeo del 7 de abril de 2009, caso *Brândose contra Rumanía*, parágrafos 64 a 67.

dos estándares ambientales,¹⁸ en la medida en que el medioambiente se encontrara vinculado al disfrute de algunos derechos garantizados en ese artículo —y en otros— y sin preservar éste no pudiera asegurarse el efectivo disfrute de aquéllos.

En esta segunda etapa apreciable dentro de la jurisprudencia medioambiental europea, la cuestión central ha sido elaborar unos principios que permitan clarificar cuándo se dan y cuándo no las circunstancias que permitirían afirmar la existencia de un justo equilibrio entre el perjuicio sufrido por un particular y el margen de discrecionalidad reconocido a los Estados parte del sistema del Convenio Europeo a la hora de hacer efectivas sus obligaciones asumidas en relación con el efectivo respeto de los derechos y libertades en el mismo garantizados, en particular, en conexión con los derechos reconocidos en los artículos 8o. del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar, así como al respeto del domicilio) y en el artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 (derecho de propiedad y al disfrute pacífico de los bienes).¹⁹

La tercera etapa que en mi opinión comienza con la sentencia de 1998 en el caso *Guerra y otras contra Italia* y dura hasta el presente, es un tercero y expansivo periodo en el que el Tribunal Europeo va a considerar transversalmente la dimensión medioambiental de los derechos y libertades reconocidos, admitiendo la relevancia de aspectos procedimentales de la dimensión medioambiental de derechos como a no ser privado arbitrariamente de la vida (artículo 2o. del Convenio), la libertad de expresión (artículo 10 del Convenio) y a la propiedad y al respeto pacífico de los bienes (artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1). Queda pendiente la cuestión de la incompatibilidad *ratione personae* de los particulares que no logran alegar su condición de víctima de una violación del Convenio Europeo en relación con unas determinadas condiciones medioambientales, pues una *actio popularis* sigue sin estar permitida en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Ha sido recordado recientemente en este sentido, por el Tribunal Europeo que el bienestar de una persona puede verse afectado negati-

¹⁸ Así lo ha reconocido de manera expresa el Tribunal Europeo en el párrafo 65 de su sentencia del 21 de julio de 2011, en el caso *Grimkovskaya contra Ucrania*.

¹⁹ Para un examen detallado de cómo interactúan los factores que determinan un mayor o menor margen de apreciación nacional, puede verse: García San José, D., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 108-139.

vamente por condiciones ambientales inseguras o perjudiciales; pero una cuestión a dilucidar en virtud del artículo 8o. del Convenio Europeo sólo surge si las personas se ven directa y gravemente afectadas por la molestia en cuestión y pueden probar el impacto directo en su calidad de vida.²⁰

IV. LA PIONERA JURISPRUDENCIA: EL ESTABLECIMIENTO DE UN VÍNCULO ENTRE EL ATAQUE MEDIOAMBIENTAL Y EL PARTICULAR

Establecer el vínculo entre el ataque medioambiental y el particular que alegaba ser víctima de una violación del Convenio fue en esta primera etapa la tarea principal de la Comisión Europea. Examinadas en perspectiva histórica, no puede sorprender que las primeras demandas interpuestas ante la Comisión a propósito de injerencias medioambientales, la causa más común de inadmisibilidad de éstas fuera la incompatibilidad *ratione materiae*: no se podía exigir a un Estado el respeto de una obligación que no había asumido y, en consecuencia, cualquier queja de los particulares no debía ser admitida en relación con tal obligación. En efecto, en el asunto *S. contra República Federal de Alemania*²¹ y asunto *X. eY. contra República Federal de Alemania*,²² las quejas de los particulares en relación con una eventual violación del Convenio Europeo fueron desestimadas sobre la base de que ningún derecho a la protección de la naturaleza figura, como tal, entre los derechos y libertades garantizados en el sistema del Convenio Euro-

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo del 24 de enero de 2019, en el caso *Cordella y otros contra Italia*, párrafos 157-160. decisión sobre la admisibilidad del Tribunal Europeo del 4 de febrero de 2020, en el asunto *Cicek y otros contra Turquía*, demanda núm. 44837/07, párrafos 22 a 29 y 32.

²¹ Decisión de inadmisibilidad del 5 de agosto de 1960, no publicada, demanda núm. 715/60. En este asunto un particular invocaba los riesgos nucleares para el ser humano en conexión con el artículo 2.1 del Convenio (derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida) y demandaba a la República Federal de Alemania para que cesara el vertido de residuos atómicos en el Mar del Norte, así como el almacenamiento de material nuclear en el territorio de dicho Estado.

²² Decisión de inadmisibilidad de 13 de mayo de 1976, demanda núm. 7407/76, Raports et Decisions (en adelante "R.D.") núm. 5, p. 161. En este asunto, dos particulares que eran miembros de una asociación ecologista se quejaban, aduciendo daños sobre el medio ambiente, del uso para fines militares de unas marismas en la región donde habitaban.

peo. Sin embargo, a partir de la Decisión de la Comisión europea en el asunto *X. eY. contra República Federal de Alemania* se empieza a ver un cambio de actitud en este órgano que hacía de filtro de las demandas que habría de conocer el Tribunal Europeo: deja de considerar el derecho a la naturaleza en abstracto y comienza a analizar en qué medida un ataque medioambiental podía incidir en el efectivo goce de los derechos garantizados en el Convenio Europeo y, en consecuencia, en qué supuestos un particular podría esgrimir la condición de víctima de una violación del Convenio a consecuencia de un medio ambiente insalubre. Esto es, de una incompatibilidad *ratione materiae* que excluiría todas las demandas, se pasa a una incompatibilidad *ratione personae*: sólo se excluirían aquellas demandas en las que un particular no pudiera convencer a la Comisión Europea de que era víctima de una violación del Convenio Europeo a causa de unas determinadas condiciones medioambientales que le afectaban de manera seria y directa.

Los asuntos *Arrondelle contra Reino Unido*,²³ *G. eY. contra Noruega*,²⁴ *Baggs contra Reino Unido*,²⁵ *Vearncombe y otros contra República Federal de Alemania*,²⁶ *X. contra Francia*²⁷ y *Zander contra Suecia*²⁸ son ejemplos significativos de demandas en las que se invoca ante la Comisión la condición de víctima con respecto a un ataque medioambiental que responde a una triple naturaleza: ruido, contaminación del aire y otras molestias derivadas de actuaciones humanas sobre una porción de la naturaleza que se modificaba irreversiblemente con la pérdida de sus ecosistemas naturales —por ejemplo, la instalación de una central hidroeléctrica—. Estas demandas tienen en común haber sido declaradas inadmisibles en la medida en que la Comisión Europea no apreció la condición de víctima en los demandantes que se quejaban de diversos ataques sobre el medio ambiente.

²³ Demanda 7889/77, decisión de inadmisibilidad del 15 de julio de 1980, R. D. núm. 19, pp. 186 y ss.

²⁴ Demandas 9278/81 y 9415/81, decisión de inadmisibilidad del 3 de octubre de 1983, R. D. núm. 35, pp. 30 y ss.

²⁵ Demanda 9310/81, decisión de inadmisibilidad del 19 de enero de 1986, R. D. núm. 44, pp. 13 y ss.

²⁶ Demanda 12816/87, decisión de inadmisibilidad del 18 de enero de 1989, R. D. núm. 59, pp. 186 y ss.

²⁷ Demanda 13728/88, decisión de inadmisibilidad del 17 de mayo de 1990.

²⁸ Demanda 14282/88, decisión de inadmisibilidad del 14 de octubre de 1992.

Predominan las quejas relacionadas con ruidos molestos que afectaban a los derechos reconocidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo y es en este contexto cuando se va a producir un cambio en la jurisprudencia medioambiental europea cuando en el asunto *Powell y Rayner contra Reino Unido*, relativo también a molestias sonoras como en los asuntos *Arrondelle, Baggs contra Reino Unido, Vearncombe y otros contra República Federal de Alemania y X. contra Francia*, la Comisión establece una distinción entre los conceptos “ataque medioambiental” y “perjuicio para el particular”.

El primero es fácilmente cuantificable conforme a criterios objetivos, al hacerse referencia a la modalidad y gravedad de una incidencia negativa sobre el medio ambiente: contaminación sonora, atmosférica, acuífera, etcétera. El perjuicio, sin embargo, puede ser objeto de un análisis de carácter más subjetivo. Su gravedad está en función de los bienes jurídicos del particular que resulten afectados a consecuencia del ataque. De esta forma, la intensidad del perjuicio no está condicionada por la gravedad del ataque. En otras palabras, a partir del asunto *Powell y Rayner contra Reino Unido*, el requisito directo de una particular víctima de una violación del Convenio Europeo, como consecuencia de un ataque sufrido sobre el medio ambiente, no va a ser establecido por los órganos garantes del sistema del Convenio Europeo en función de la gravedad de dicho ataque, sino en atención a la seriedad del perjuicio que es ocasionado con el mismo.²⁹ Esta idea aparece confirmada en la subsiguiente jurisprudencia que analizamos en el epígrafe siguiente.

²⁹ Asunto *Powell y Rayner contra Reino Unido*, demanda 9810/81, decisión admisibilidad de la Comisión de 16 de julio de 1986, R. D. núm. 47, pp. 22 y ss. La Comisión afirmó que se había producido una injerencia en sus derechos considerando la gravedad del perjuicio sufrido sin que se mencione de modo expreso la gravedad del ataque medioambiental. Véase, coincidente en este punto con la Comisión, la sentencia del Tribunal Europeo del 21 de febrero de 1990, serie A, núm. 172, parágrafo 58. El Tribunal Europeo reconoció que el excesivo ruido generado en el área donde los demandantes tenían su vivienda había afectado a la calidad de su vida privada pero, tras constatar que las autoridades competentes habían tomado distintas medidas para inspeccionar y reducir el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow y en sus alrededores, además de reparar en parte los daños causados, desestimó la pretensión de éstos al considerar que un justo equilibrio se había mantenido entre los intereses concurrentes del conjunto de la sociedad y los suyos particulares.

V. LA SUBSIGUIENTE JURISPRUDENCIA: LA ACEPTACIÓN

DE QUE UNAS CONDICIONES MEDIOAMBIENTALES PUEDEN CONLLEVAR LA VIOLACIÓN DE ALGUNOS DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO SI EL PERJUICIO SUFRIDO POR EL PARTICULAR RESULTA SER DESPROPORCIONADO

En la prueba de la proporcionalidad de la injerencia y deber de respetar un justo equilibrio entre los diferentes intereses presentes a la luz del margen de apreciación nacional reconocido al Estado demandado en cada caso concreto para gestionar dicho equilibrio, radica el núcleo de la jurisprudencia subsiguiente al caso *Powell y Rayner* y cuyos hitos más representativos son los casos *López Ostra contra España*, *Guerra y otras contra Italia*, y *Hatton y otros contra Reino Unido*.

En estos casos el Tribunal Europeo ha venido desarrollando el control de la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos que permiten restricciones por parte de las autoridades públicas, como son los derechos a la vida privada y familiar, al respeto del domicilio en el artículo 8o. del Convenio europeo, a dos niveles: el primero considera la proporcionalidad de los medios con respecto al fin perseguido a la luz del margen de apreciación nacional de los Estados en la materia (exigiendo razones pertinentes para la injerencia de las autoridades públicas); en el segundo nivel, por el contrario, presta atención a la exigencia de respetar un justo equilibrio entre los intereses en juego (por lo que las autoridades nacionales deben aportar razones suficientes para justificar dicha injerencia).³⁰ Por ejemplo, en el caso *Jugheli y otros contra Georgia*, sentencia del 13 de julio de 2017, el Tribunal Europeo consideró que el Estado demandado no había logrado respetar un justo equilibrio entre los intereses de la comunidad reflejados en tener en funcionamiento una central térmica y el goce efectivo del derecho de los demandantes al

³⁰ Sentencia del Tribunal Europeo del 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra España*, párrafo 51. Sentencia del Tribunal Europeo del 16 de noviembre de 2004 en el caso *Moreno Gómez contra España*, párrafo 55. Sentencia del Tribunal Europeo del 9 de junio de 2005 en el caso *Fadeyeva contra Rusia*, párrafos 93 y 133. Sentencia del Tribunal Europeo del 2 de noviembre de 2006 en el caso *Giacomelli contra Italia*, párrafo 78. Sentencia del Tribunal Europeo del 14 de febrero de 2012 en el caso *Hardy y Mayle contra Reino Unido*, párrafo 218.

respeto de su vida privada y de su domicilio.³¹ Sí lo consideró, sin embargo, en el caso *Tolic y otros contra Croacia*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda del 4 de junio de 2019, en la que estimó que el Estado demandado había tomado todas las medidas razonables para garantizar la protección de los derechos de los demandantes.³²

En este segundo nivel de control del respeto de un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego resultaría de especial relevancia conocer el derecho afectado por la injerencia y su importancia para el particular. Así, tratándose de injerencias causadas por una contaminación acústica o de otro tipo, importaría saber si el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada estaba siendo afectado a través de una injerencia que afectaba al bienestar o a la salud de los particulares, en la medida en que en este segundo supuesto habría de aplicarse un control particularmente estricto por parte del Tribunal Europeo de la injerencia denunciada, sin que pudiera alegarse como relevante por parte del Estado demandado que posea un amplio margen de apreciación.

En la sentencia del Tribunal Europeo del 21 de febrero de 1990 en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido* ya se apuntaba la relevancia de la naturaleza del derecho en cuestión afectado por el ataque medioambiental y su importancia para el particular.³³ Sin embargo, es en el caso *López Ostra contra España* donde se manifiesta con toda claridad. En las circunstancias de dicho caso, la Comisión europea apreció, a la luz de los diversos informes médicos aportados por la demandante, que la salud de la hija de ésta se había visto agravada a consecuencia de los gases, humos y olores provenientes de una fábrica de tratamiento de residuos de cuero en funcionamiento a escasos metros de la vivienda en la que residía la demandante junto con su familia. El Tribunal Europeo esquivó pronunciarse sobre esta cuestión en el parágrafo 51 de su sentencia, apoyándose en el precedente caso *Powell y Rayner contra Reino Unido* para apreciar una violación del artículo 8o. del

³¹ Parágrafos 77 y 78 de la sentencia del Tribunal Europeo del 13 de julio de 2017 en el caso *Jugheli y otros contra Georgia*.

³² Parágrafos 95 a 101 de la decisión del Tribunal Europeo del 4 de junio de 2019.

³³ Véase el parágrafo 40 de la sentencia del Tribunal Europeo en el caso si bien no queda claro si al distinguir la situación de los dos demandantes, este órgano está considerando en el caso del señor Powell que la contaminación acústica restringe su derecho al disfrute del domicilio a través de una incidencia en su “bienestar”; mientras que tratándose del señor Rayner, quien padecía un nivel considerablemente más alto de ruido, en opinión del Tribunal Europeo, dicha restricción vendría ocasionada por una afectación de su salud.

Convenio imputable a las autoridades del Estado demandado por su manifiesta inactividad en poner remedio a la penosa situación a la que fue sometida la demandante y su familia.³⁴

La ambigüedad que se aprecia en la sentencia del Tribunal Europeo del 9 de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra contra España* resulta progresivamente despejada en los siguientes pronunciamientos de este órgano garante del sistema del Convenio Europeo en los que se dilucida una demanda en conexión con una injerencia sobre el medio ambiente. Así, en su sentencia del 19 de febrero de 1998 en el caso *Guerra y otras contra Italia*, el Tribunal europeo afirmó que ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de manera que perjudique a su vida privada y familiar,³⁵ añadiendo que

...en el presente caso, las demandantes quedaron hasta la parada de la producción de fertilizantes en 1994, a la espera de informaciones esenciales que les hubieran permitido evaluar los riesgos que podían derivarse para ellas y sus allegados por el hecho de continuar residiendo en el territorio de Manfredonia, un pueblo igualmente expuesto al peligro en caso de accidente en el recinto de la fábrica.

La ausencia de información de la que se quejaron las demandantes y que les privó injustificadamente de su derecho al disfrute del domicilio, de la vida privada y familiar, no afectaba tanto a su bienestar como a su salud y vida. Así es posible concluirlo de la referencia a los “riesgos”, “peligro en caso de accidente” que aparecen en el párrafo transcrito y que deben leerse a la luz del párrafo 57 de la misma sentencia.³⁶

³⁴ En dicho párrafo el Tribunal Europeo afirma: “No obstante, va de suyo que algunos ataques graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho al disfrute de su domicilio a través de un daño en su vida privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro la salud del interesado”. En mi opinión, la interpretación de dicho párrafo 51, a la luz de otras partes de la sentencia (como los párrafos 11 y 49) permiten afirmar que el Tribunal, sobre la base de los distintos informes médicos aportados, coincidió con la Comisión Europea al apreciar en las circunstancias del caso un grave y serio peligro para la salud de la señora López Ostra y la de su familia, resultando este hecho determinante para que decidiera que no se había respetado un justo equilibrio entre los intereses del particular y los de la comunidad en su conjunto.

³⁵ Párrafo 60 de la sentencia del 19 de febrero de 1998.

³⁶ En el que el Tribunal Europeo señala: “en primer lugar, que todas las demandantes residen en Manfredonia, a un kilómetro de la fábrica en cuestión que, a causa de su producción

En su sentencia del 2 de octubre de 2001, en el caso *Hatton y otros contra Reino Unido*, el Tribunal Europeo, reunido en formación de Sala (primera instancia) asumirá explícitamente la relevancia del criterio de la naturaleza del derecho en juego y su importancia para el particular, en relación con los ataques medioambientales que incidían en el disfrute por parte de los demandantes, de sus derechos reconocidos en el artículo 8o. del Convenio Europeo. Así, en el párrafo 94 de esta sentencia, el Tribunal pone en valor las diferencias del caso que estaba conociendo con otros anteriores ya decididos por él o por la Comisión Europea. En su opinión, el caso *Hatton y otros contra Reino Unido*, más que aludir a una cuestión de ruido en general, se estaría refiriendo a un tipo cualificado del mismo: el ruido nocturno que comenzó a afectar a los demandantes a partir de los cambios introducidos en 1993 por las autoridades británicas en la regulación del ruido en los aeropuertos del país mediante un sistema de cuotas.³⁷

Los demandantes, residentes en las proximidades del aeropuerto de Heathrow, ya estaban acostumbrados al ruido generado por el funcionamiento de éste pero se quejaban del hecho de que tras la introducción del sistema de cuotas de ruido en virtud del Plan del Gobierno británico de 1993, el nivel de ruido que padecían durante la noche, generado por el despegue y aterrizaje ininterrumpido de aviones, les hacía difícil dormir desde

de fertilizantes y de caprolactame, fue clasificada como de alto riesgo en 1998... A largo de su ciclo de fabricación, la empresa ha liberado grandes cantidades de gas inflamable, así como otras sustancias nocivas como el anhídrido de arsénico. De hecho, en 1976, a consecuencia de la explosión de la torre de lavado del gas sintético de amoníaco, hubo un escape de numerosas toneladas de solución de carbonato y de bicarbonato de potasio, que contenían anhídrido de arsénico, siendo necesaria la hospitalización de ciento cincuenta personas por una intoxicación aguda por arsénico”.

³⁷ El Plan de 1993, que modificó las restricciones a los vuelos nocturnos hasta entonces en vigor, introdujo un sistema de cuota de ruido en virtud del cual cada tipo de avión tenía asignada una porción de cuota (“QC”) entre 0.5 QC en el caso del modelo más silencioso y 16 QC tratándose del más ruidoso. Con el nuevo Plan, a cada aeropuerto británico se le atribuyó un determinado volumen total de cuota, según la época del año y en función de que se considerara periodo diurno o nocturno, de manera que los movimientos de aviones habían de mantenerse dentro del volumen total de cuota permitido a cada aeropuerto. La consecuencia indirecta de este sistema de cuotas fue que, no estando especificado el número máximo de movimientos individuales de aviones sino el ruido global permitido en un periodo de tiempo considerado, los operadores aéreos del Reino Unido podían en la práctica elegir entre emplear un menor número de aviones ruidosos o, como sucedió en la mayoría de los casos, hacer funcionar un mayor número de éstos más silenciosos en el periodo nocturno que iba desde las 11.30 de la noche hasta las 6.30 de la mañana.

las cuatro de la madrugada y, del todo imposible, a partir de las seis de la mañana. La conexión entre la salud y los derechos reconocidos en el artículo 8o. del Convenio se establecía en la medida en que los demandantes atribuían a dicho incremento de ruido el retraso experimentado por todos ellos en conciliar el sueño y la imposibilidad de volver a quedarse dormidos una vez despertados de madrugada.³⁸

Para la Sala del Tribunal Europeo que decidió en el caso *Hatton y otros contra Reino Unido* el 2 de octubre de 2001, el ataque medioambiental (contaminación acústica) constituyó una injerencia en un aspecto íntimo del derecho a la vida privada de los demandantes (el descanso nocturno) y era de la máxima relevancia para éstos al incidir negativamente en su salud. Sin embargo, la Gran Sala de este mismo Tribunal, al conocer del caso en apelación en virtud del artículo 43 del Convenio Europeo, a instancia del Estado demandado, dictó una sentencia el 8 de julio de 2003 en la que, pese a reconocer que la capacidad de los demandantes para conciliar el sueño había quedado terriblemente afectada por la introducción del Plan de 1993, no asumió la distinción entre ruido general y ruido nocturno. Tampoco consideró que en las circunstancias del caso estuviese afectado un aspecto íntimo del derecho a la vida privada de los demandantes si de ello había que extraer la conclusión —como lo hizo la Sala del Tribunal Europeo en su sentencia de 2001— de que no se había respetado un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego.³⁹

Sin embargo, esta distinción entre ruido general y ruido nocturno —conectado este último como el descanso y la salud de los particulares— volvió a ser realizada por el Tribunal Europeo en el caso *Moreno Gómez contra España*, sentencia de 16 de noviembre de 2004, en el que declaró que el Estado demandado era responsable de una violación del artículo 8o. del Convenio en la medida en que las autoridades públicas no hicieron nada por evitar las molestias acústicas que cada noche sufría el demandante proveniente de un lugar de ocio cercano a su vivienda pese a que excedían los niveles permitidos en la normativa en vigor. No se trataba de un ruido diurno sino nocturno, que afectaba en consecuencia a su derecho al descanso e incidía en su salud física y mental.⁴⁰

³⁸ Parágrafos 77 a 80 de la sentencia del Tribunal Europeo (Sala) del 2 de octubre de 2001.

³⁹ Parágrafos 118 y 123, respectivamente, de la sentencia del Tribunal Europeo (Gran Sala) del 8 de julio de 2003.

⁴⁰ Parágrafos 60 y 61, sentencia del Tribunal Europeo del 16 de noviembre de 2004.

La ambigüedad del Tribunal Europeo a la hora de pronunciarse en los primeros casos relativos a injerencias medioambientales en los derechos garantizados en el artículo 8o. del Convenio —siendo el ejemplo más evidente el párrafo 51 de la sentencia del 9 de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra contra España*— quedó resuelta en posteriores sentencias relativas a contaminación medioambiental severa en los casos *Fadeyeva contra Rusia* (2005), *Giacomelli contra Italia* (2006), *Bacila contra Rumanía* (2010) y recientemente, *Cordella y otros contra Italia* (2019). En el primero de ellos, apreciando el Tribunal Europeo que estaba en juego la salud de la demandante, decidió que las autoridades nacionales violaron su derecho al respeto del domicilio y de su vida privada al no ofrecerle ninguna solución efectiva que la ayudara a alejarse de la peligrosa zona desde el punto de vista sanitario en torno a la fundición de hierro más grande de Rusia, caracterizada por su alta contaminación y por las continuas emisiones de sustancias químicas peligrosas a la atmósfera.⁴¹ En el segundo de los casos mencionados, *Giacomelli contra Italia*, en el que igualmente se apreció que estaba afectada la salud de la parte demandante, el Tribunal Europeo determinó que la contaminación procedente de una planta de tratamiento de desechos tóxicos que funcionaba en manos privadas a 30 metros de la vivienda en cuestión, constituía una violación del artículo 8o. del Convenio.⁴²

En la misma línea, en *Băcilă c. Rumanía* la demandante vivía en Copșa Mică, cerca de una planta operada por la empresa Sometra, uno de los mayores productores europeos de plomo y zinc, en ese momento el mayor empleador de la ciudad. La planta descargó a la atmósfera cantidades significativas de dióxido de azufre y polvo que contenía metales pesados, principalmente plomo y cadmio. Los análisis realizados por organismos públicos y privados establecieron que se podían encontrar metales pesados en los cursos de agua de la localidad, en el aire, el suelo y la vegetación, en niveles hasta 20 veces superiores al máximo permitido. La tasa de enfermedad, en particular las afecciones respiratorias, fue siete veces mayor en Copșa Mică que en el resto del país. El Tribunal determinó que las autoridades no habían logrado un equilibrio justo entre el interés público de mantener la

⁴¹ Párrafos 133 y 134 de la sentencia del 9 de junio de 2005. Para un resumen de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo en el contexto de la contaminación del aire, véase los párrafos 68 y 69.

⁴² Párrafos 97 y 98 de la sentencia del 2 de noviembre de 2006.

actividad económica del mayor empleador de una ciudad y el goce efectivo de la demandante del derecho al respeto de su hogar y de su vida privada y familiar.⁴³ En el caso *Cordella y otros contra Italia*, a pesar de la existencia de estudios científicos e informes oficiales que demostraban que la contaminación del aire producida por unas acerías ponía en peligro la salud de los demandantes, las autoridades nacionales no hicieron nada por descontaminar la zona ni informaron durante años a las poblaciones afectadas del riesgo que corrían para su salud, de ahí que decidiera el Tribunal Europeo que se había producido una violación del artículo 8o. del Convenio.⁴⁴

En efecto, en su sentencia del 24 de enero de 2019 en el caso *Cordella y otros contra Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, por unanimidad, que se había producido una violación del artículo 8o. (derecho al respeto de vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y una violación del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo. En este caso, 180 demandantes se quejaron de los efectos de las emisiones tóxicas de la acería de la empresa Ilva en Tarento sobre el medio ambiente y su salud, y sobre la ineficacia de los recursos internos. El Tribunal Europeo consideró que 19 de esos demandantes no tenían la condición de víctima, ya que no vivían en una de las localidades clasificadas como de alto riesgo ambiental: Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola y Statte. Respecto del resto de demandantes, el Tribunal Europeo apreció que la persistencia de una situación de contaminación ambiental ponía en peligro la salud de los demandantes y, de manera más general, la de toda la población que vivía en las zonas de riesgo. También sostuvo que las autoridades nacionales no habían tomado todas las medidas necesarias para brindar una protección efectiva del derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada. Por último, el Tribunal consideró que estos demandantes no habían contado con un recurso efectivo que les permitiera plantear ante las autoridades nacionales sus quejas sobre la imposibilidad de obtener medidas para asegurar la descontaminación de las áreas relevantes.

El Tribunal Europeo observó que, desde la década de 1970, los estudios científicos habían demostrado los efectos contaminantes de las emisiones de la fábrica de Ilva en Taranto sobre el medio ambiente y la salud pública. De

⁴³ Parágrafos 66-72 de la sentencia del Tribunal Europeo del 30 de marzo de 2010, en el caso *Bacila contra Rumanía*.

⁴⁴ Parágrafos 167-172 de la sentencia del 24 de enero de 2019.

hecho, las conclusiones de esos informes —muchos de ellos emitidos por órganos estatales y regionales— no fueron controvertidas entre las partes. Entre otros datos, el informe SENTIERI de 2012 confirmó la existencia de un vínculo causal entre la exposición ambiental a sustancias cancerígenas inhalables producidas por la empresa Ilva y el desarrollo de tumores en los pulmones y la pleura, y de patologías cardiocirculatorias en las personas que viven en las áreas afectadas. Además, un estudio de 2016 había demostrado un vínculo causal entre la exposición a la actividad de producción de la empresa cuestionada y una mayor mortalidad por causas naturales, tumores y enfermedades renales y cardiovasculares en la población de Taranto. Por estos motivos, el Tribunal Europeo consideró que la persistencia de dicha situación de contaminación ambiental había puesto en peligro la salud de los demandantes y, de manera más general, la de toda la población residente en las zonas de riesgo, quienes permanecieron sin información sobre los progresos en la operación de limpieza del territorio en cuestión, en particular en lo que respecta al calendario de inicio de los trabajos correspondientes. Por lo tanto, señaló que las autoridades nacionales no habían tomado todas las medidas necesarias para brindar una protección efectiva del derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada. Así, el justo equilibrio entre, por un lado, el interés de los demandantes por no verse sometidos a una contaminación ambiental grave que pudiera afectar a su bienestar y su vida privada y, por otro, a los intereses de la sociedad en su conjunto que no habían sido respetados.

Estamos ante una jurisprudencia evolutiva del sistema de Convenio Europeo que no es hiperextensiva en la medida en que la interpretación de los derechos garantizados a la luz de las condiciones actuales —admitiendo que pueden ser objeto los modos de injerencia no previstos en el momento de su redacción— no puede referirse más que a determinados aspectos de derechos ya garantizados. Ofrece, además, una cierta dosis de autolimitación (“self-restraint” en los términos acuñados por Paul Mahoney) en la medida en que no se llega a reconocer como incompatible con el sistema del Convenio Europeo cualquier injerencia medioambiental en el disfrute de los derechos reconocidos sino sólo aquella que resulta desproporcionada por no respetar los distintos intereses en juego. En el análisis de la jurisprudencia relativa al artículo 8o. del Convenio que acabamos de presentar sucintamente, resulta evidente que dicha proporción deja de respetarse cuando entra en juego un aspecto esencial del derecho al respeto de la vida privada y al

respeto del domicilio, como es el derecho a la salud, frente a aspectos más generales como el bienestar físico o el modo de vida.

Esta aproximación va a ser objeto de posterior desarrollo en la siguiente etapa que analizamos y que se caracteriza por una expansión horizontal de la dimensión medioambiental a otros derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo, como el derecho a la vida, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la propiedad. En estos casos, la exigencia del justo equilibrio entre los distintos derechos en juego, además de conectar a la importancia del derecho afectado y de su importancia para el particular, va a ser conectado con la actitud de las autoridades y, en concreto, con haber puesto a disposición de los particulares afectados de cauces procedimentales adecuados para hacer valer su posición ante tales autoridades judiciales y administrativas.

Ya se había apuntado la transversalidad de la dimensión medioambiental de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo en el caso *Guerra y otras contra Italia*, en donde el Tribunal Europeo, pese a reconocer que el artículo 10 del Convenio Europeo no garantiza un derecho a obtener información en manos de las autoridades del Estado —a diferencia del parecer de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes contra Chile* antes comentado—,⁴⁵ decidió por unanimidad que había habido una violación del artículo 8o. del Convenio en la medida en que las particulares demandantes se habían visto obligadas a vivir durante varios años esperando información esencial que les permitiese evaluar los riesgos que para su salud y su vida suponía seguir viviendo cerca de la fábrica química en cuestión. Esta falta absoluta de información por parte de las autoridades italianas supuso, como se ha comentado, una violación del derecho de las demandantes al respeto de su privada y familiar, pese a que se trataba de un riesgo de daño medioambiental y los hechos denunciados parecían más claramente conectados con el artículo 10 del Convenio Europeo que con el artículo 8o. de este instrumento.⁴⁶

No se trató de un caso aislado pues de nuevo se repitió la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo en su sentencia del 9 de junio de 1998, en el caso *McGingley y Egan contra Reino Unido* al considerar la violación del artículo 8o. del Conve-

⁴⁵ Véase los párrafos 78 a 81 de la sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

⁴⁶ Párrafo 60 de la sentencia del Tribunal Europeo del 19 de febrero de 1998.

nio Europeo imputable a las autoridades del Estado demandado que negaron el acceso a una documentación clasificada como secreta a un antiguo militar que la requería, en el contexto de un procedimiento por el que reclamaba una pensión por enfermedad, a fin de argumentar los efectos sobre su salud tras haber participado en diversos ensayos nucleares en la Isla Navidad.⁴⁷

Años más tarde, al no haber recibido información sobre riesgos medioambientales, fue conectado por el Tribunal Europeo con el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida en el caso *Öneryildiz contra Turquía*, sentencia del 18 de junio de 2002 (Sala) y sentencia del 30 de noviembre de 2004 (Gran Sala), relativo a las muertes de varias personas que vivían en un vertedero a causa de una explosión de gas metano a consecuencia de los residuos orgánicos allí acumulados. El Tribunal Europeo hizo responsable de dichas muertes a las autoridades turcas, violando el artículo 2o. del Convenio Europeo, por no haber informado a los particulares del riesgo que corrían viviendo en el vertedero y por no haber impedido que continuaran haciéndolo pese al riesgo que sus vidas corrían.⁴⁸

VI. LA EXPANSIÓN HORIZONTAL DE LA DIMENSIÓN MEDIOAMBIENTAL DEL SISTEMA DEL CONVENIO Y LA ENTRADA EN CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Ya se ha señalado cómo la profesora Maguelone Déjeant-Pons constató la doble vía de aproximación del medio ambiente al sistema del Convenio Europeo: de un lado, cuando la efectiva protección de los derechos garantizados a los particulares en el mismo podía exigir la salvaguardia de un medio ambiente de calidad; del otro, cuando se considerase necesario imponer restricciones en el ejercicio de los derechos garantizados a fin de preservar el medio ambiente como parte del interés general. Analizada la primera vía en las secciones anteriores, vamos a centrarnos ahora en la protección del medio ambiente como parte del interés general.

A comienzos de los años noventa se producen pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo en diversos casos que tienen en común la apli-

⁴⁷ Parágrafo 101 de la sentencia del Tribunal Europeo del 9 de junio de 1998.

⁴⁸ Parágrafo 87 de la sentencia del Tribunal Europeo del 18 de junio de 2002 (Sala) y párrafos 101 y 102 de la sentencia del 30 de noviembre de 2004 (Gran Sala).

cación de la prueba de proporcionalidad a un modo similar al seguido con la protección de los derechos reconocidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo (derecho al respeto de la vida privada y familiar, así como el derecho al respeto del domicilio). Así, la protección del medio ambiente como parte integrante del interés general justificó la injerencia en casos como *Hakansson y Sturesson contra Suecia*, en la sentencia del 23 de enero de 1990, relativo a una restricción en el derecho de los demandantes al disfrute pacífico de sus bienes, una explotación agrícola, que se decidió expropiar conforme a un fin de racionalización de explotaciones agrícolas.⁴⁹ En el caso *Fredin contra Suecia*, sentencia del 22 de enero de 1991, relativo a la prohibición impuesta al demandante de seguir explotando una cantera de conformidad con una ley de protección del medio ambiente, también se encontró que era una medida respetuosa de las obligaciones asumidas por los Estados parte en el artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio europeo.⁵⁰ En el caso *Pine Valley Development Ltd y otros contra Irlanda*, sentencia del 23 de octubre de 1991, relativo a la denegación de un permiso de urbanización en unas áreas consideradas de protección verde; o en el caso *Coster contra Reino Unido*, sentencia del 2 de octubre de 2001, relativo a una decisión administrativa en virtud de la cual se negaba a una familia de etnia gitana el estacionar su caravana en un terreno de su propiedad que acababa de ser catalogado de especial interés paisajístico. En todos estos casos fácilmente se logró convencer al Tribunal Europeo de que la preservación del medio ambiente era un fin legítimo en una sociedad democrática que justificaba la restricción en el ejercicio de derechos reconocidos, como el derecho a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes, al estimar este órgano judicial que, a la luz de las circunstancias de cada caso, se había respetado el principio de proporcionalidad entre las medidas tomadas por la autoridades públicas y el perjuicio sufrido por los particulares.⁵¹

Posteriores casos llevaron al Tribunal a considerar que dicha relación de proporcionalidad no había sido respetada. Así, en el caso *Zvolsky y Zvolska contra República Checa*, sentencia del 12 de noviembre de 2002, el Tribunal Europeo volvió a recordar que el derecho al disfrute pacífico de los bienes tenía que respetar un justo equilibrio entre las exigencias del interés

⁴⁹ Parágrafo 44 de la sentencia del Tribunal Europeo del 23 de enero de 1990.

⁵⁰ Parágrafo 49 de la sentencia del Tribunal Europeo del 22 de enero de 1991.

⁵¹ Parágrafo 127 de la sentencia del Tribunal Europeo del 2 de octubre de 2001.

general de la comunidad y los requisitos de la protección de los derechos del individuo. En particular, debe haber una razonable relación de proporcionalidad entre las medidas empleadas y el fin que justifica privar a una persona de sus posesiones.⁵² En las circunstancias del caso, pese a tratarse de un fin legítimo previsto en una ley de protección del medio ambiente, el Tribunal Europeo entendió que la obligación impuesta sobre los demandantes que debían entregar sus tierras sin recibir a cambio compensación alguna, constituía una carga injustificada bajo el párrafo segundo del artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio Europeo y declaró que el Estado demandado era responsable de una violación de esta disposición.⁵³

En el caso *Papastavrou y otros contra Grecia*, sentencia del 10 de abril de 2003, concerniente a una decisión judicial adoptada con relación a unas tierras que el Estado pretendía proteger conforme a diversas leyes medioambientales, lo cual suponía su reforestación privando a sus propietarios de la facultad de explotarlas como fincas agrícolas, la exigencia de proporcionalidad no se respetó en la medida en que tratándose de una cuestión compleja, el órgano judicial competente había tomado su decisión sin haber escuchado la posición de los propietarios de tierras afectadas.⁵⁴ De nuevo, por un aspecto procesal, el Tribunal Europeo declaró que el Estado demandado era responsable de una violación del artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio Europeo. El caso *Katsoulis y otros contra Grecia*, sentencia del 8 de julio de 2004,⁵⁵ parecida en sus hechos a los casos *Papastavrou* y *Zazanis contra Grecia* (sentencia del 18 de noviembre de 2004) son ejemplos de una jurisprudencia que confirma las garantías procesales que deben respetarse cuando se invoca una injerencia en el ejercicio de derechos garantizados en el sistema del Convenio Europeo.

Este desarrollo teleológico de la dimensión medioambiental de los derechos garantizados en el Convenio Europeo a partir de la toma en consideración de garantías procedimentales para hacer valer la posición de los particulares en procedimientos administrativos y judiciales que afecten a medidas con incidencia en el medio ambiente, no llega hasta reconocer en el sistema del Convenio Europeo un derecho colectivo al medio ambiente

⁵² Parágrafo 70 de la sentencia del Tribunal Europeo del 12 de noviembre de 2002.

⁵³ Parágrafo 74 de la sentencia del Tribunal Europeo del 12 de noviembre de 2002.

⁵⁴ Parágrafo 37 de la sentencia del Tribunal Europeo del 10 de abril de 2003.

⁵⁵ Parágrafo 34 de la sentencia del Tribunal Europeo del 8 de julio de 2004.

en forma de *actio popularis*, como sí ha sido reconocido por ejemplo, *mutatis mutandis*, a la prensa como “perro guardián” (“*watchdog*”) cuyo papel es esencial en una verdadera sociedad democrática y por ello goza de una libertad —en la práctica— casi absoluta para informar sobre cualquier tema que considere de interés sin que tenga que probar la relevancia de dicha información o la necesidad de dicha publicación incluso cuando entra en colisión con otros derechos reconocidos en el sistema del Convenio, como el derecho a la vida privada de los particulares.⁵⁶

En efecto, en lo que al medio ambiente se refiere, tratándose de la jurisprudencia relativa a derechos de carácter procedimental como los garantizados en los artículos 6o. y 13 del Convenio Europeo, resulta bastante difícil para los individuos presentarse ante el Tribunal Europeo como víctimas de una violación de tales disposiciones, alegando ser cotitulares de un interés general a disfrutar de unas condiciones medioambientales sanas. Deben demostrar ser los titulares de un derecho cuyo disfrute resulte afectado si no se preservan dichas condiciones (efecto “*par ricochet*” antes señalado), dándose así la paradoja de que el medio ambiente es tenido en cuenta para justificar injerencias de las autoridades públicas de un Estado en el disfrute de derechos garantizados en el Convenio Europeo a determinados particulares por responder a un interés legítimo en una sociedad democrática, pero esas personas u otras no pueden invocar dicho interés legítimo frente a las mismas autoridades a las que responsabilizan de una degradación medioambiental. Algunos casos pueden citarse en este sentido: *Balmer-Schafroth y otros contra Suiza*, sentencia del 26 de agosto de 1997, que concernía a las quejas de unos particulares que vivían en la cercanía de una central nuclear y que pretendían ser víctimas de una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo al no permitirles impugnar ante los tribunales suizos la ampliación de la licencia de funcionamiento de dicha central nuclear, en funcionamiento desde 1971 en el Cantón de Berna. El Tribunal Europeo rechazó cualquier intento de *actio popularis* en relación con los riesgos o daños medioambientales para los particulares, desestimando su demanda al coincidir con las autoridades del Estado demandado en que la conexión entre la decisión de ampliar la vida operativa de la central nuclear

⁵⁶ Sobre este punto puede verse García San José, D., “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000, pp. 13 a 30.

y el supuesto riesgo que de ello se derivaba para los particulares no era serio, específico ni inminente, sino hipotético; de este modo, no estaban legitimados para ser considerados víctimas bajo el artículo 6.1 del Convenio Europeo por no haber podido acceder a un tribunal para cuestionar la decisión controvertida.⁵⁷

Contra Suiza es también el caso *Athanassoglou y otros*, sentencia del 6 de abril de 2000. A diferencia de lo decidido en *Balmer-Schafroth y otros*, en esta ocasión el artículo 6.1 sí fue considerado aplicable al caso por el Tribunal Europeo, quien estimó que los demandantes, en tanto que propietarios cercanos a otra estación nuclear, esta vez, en el Cantón de Aargau, sí podían considerarse que tuvieran un asunto que debiera determinarse ante un tribunal. Esto es, en las circunstancias del caso, el Tribunal les dio la razón a los demandantes en este punto al haber hallado un vínculo entre el peligro que pudiera derivarse del funcionamiento de dicha central nuclear, con la integridad física de aquéllos dada la proximidad de su residencia a la misma.⁵⁸

En *Kyrtatos contra Grecia*, sentencia del 22 de mayo de 2003, los demandantes se quejaban de una violación no sólo del artículo 6.1 sino también del artículo 8o. del Convenio Europeo, causadas por la negativa de las autoridades helenas de ejecutar dos fallos de la Sala Administrativa del Tribunal Supremo de Grecia por las que se anulaban los permisos de construcción de viviendas en un terreno cercano a sus propiedades. Los demandantes alegaban que aquel desarrollo urbanístico paralizado en vía judicial conduciría a la destrucción de su medio ambiente afectando negativamente a sus vidas. Aunque el Tribunal Europeo afirmó que ni el artículo 8o. ni ningún otro artículo del Convenio Europeo estaba específicamente diseñado para proveer protección general del medio ambiente como tal,⁵⁹ sin embargo señaló que una contaminación medioambiental seria puede afectar al bienestar de los individuos y privarles del disfrute de sus hogares de tal manera que afecte adversamente a sus vidas privada y familiar sin que, sin embargo, se ponga en grave peligro su salud. Para que esto ocurra —con-

⁵⁷ Parágrafo 40 de la sentencia del Tribunal Europeo del 26 de agosto de 1997.

⁵⁸ Parágrafo 53 de la sentencia del Tribunal Europeo del 6 de abril de 2000.

⁵⁹ Parágrafo 52 de la sentencia del Tribunal Europeo del 22 de mayo de 2003, que se repetiría semanas después en el parágrafo 96 de la sentencia del Tribunal Europeo del 8 de julio de 2003 en *Hatton y otros contra Reino Unido* (Gran Sala).

tinuó el Tribunal Europeo— la contaminación medioambiental debe haber afectado adversamente alguno de los derechos garantizados en el párrafo primero del artículo 8o. Esto es, debe existir un efecto perjudicial sobre la esfera privada o familiar de una persona y no simplemente la degradación general del medio ambiente.⁶⁰

En el caso *Taskin contra Turquía*, sentencia del 10 de noviembre de 2004, se trataba de unos particulares que se quejaban del funcionamiento de una mina de oro cercana a su domicilio que estaba contaminando los acuíferos de la zona, con grave riesgo para su salud. Habiendo sido decretado su cierre en varias decisiones judiciales, seguía operando debido a la pasividad de las autoridades administrativas por ejecutarlas. Tal inactividad llevó al Tribunal Europeo a declarar por unanimidad que Turquía era responsable de una violación del artículo 8o. del Convenio Europeo. También declaró la responsabilidad del Estado demandado por violación del artículo 6.1 del Convenio al no haber ejecutado las decisiones judiciales a favor de los demandantes señalando, a diferencia de otros supuestos, que apreciaba una amenaza seria y real a un derecho garantizado a los demandantes en el artículo 56 de la Constitución turca (derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado). No se estaban quejando, en consecuencia, de riesgos genéricos e indeterminados para el medio ambiente y para la salud de la gente que vivía en las aldeas próximas a la mina de oro. Estaban invocando riesgos reales y directos para su integridad física como consecuencia del uso de cianuro en la extracción del preciado mineral, sobre la base de estudios e informes oficiales.⁶¹

En el caso *Gorraiz Lizarraga y otros contra España*, sentencia del 10 de noviembre de 2004, se aprecia una situación parecida al caso *Taskin contra Turquía*, en cuanto a la posición de los demandantes. Se trataba de cinco ciudadanos que vivían en una aldea (Itoiz) y de una asociación de la que eran miembros, que pretendían impedir la construcción de una presa alegando que, de llevarse a cabo su construcción, quedarían sumergidas varias reservas naturales y algunas aldeas, incluida la que vivían. Se quejaban de una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo al no haberseles respetado el principio de igualdad de partes durante el conocimiento de su

⁶⁰ Parágrafo 53 de la sentencia del Tribunal Europeo del 22 de mayo de 2003.

⁶¹ Parágrafos 131 y 133 de la sentencia del Tribunal Europeo del 10 de noviembre de 2004.

recurso por parte del Tribunal Constitucional español que sólo escuchó las alegaciones del abogado del Estado presentadas oralmente en defensa de la posición de las autoridades, pero no las de los demandantes. El Tribunal Europeo no apreció, a la luz de las circunstancias del caso, violación de dicho artículo, pero resulta relevante ver que el Tribunal Europeo vuelve a insistir en señalar las circunstancias bajo las cuales un individuo o asociación en representación de un grupo de particulares puede promover una demanda en relación con un ataque sobre el medio ambiente: sólo cuando se trate de una injerencia real y directa en el disfrute de derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo. Así, en el caso *Gorraiz Lizarraga y otros contra España*, el Tribunal Europeo acepta que una asociación ecológica que actúa en representación de sus miembros que tienen un interés directo, pueda ser víctima de una violación, pese a que luego decida justificada dicha violación bajo el Convenio.⁶²

El caso *Fotopoulou contra Grecia*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, relativo a la queja de un particular contra la inactividad de las autoridades del país heleno por derruir un muro ilegalmente edificado por un vecino en una propiedad colindante a la suya y que le impedía seguir disfrutando del paisaje como antes de la construcción impugnada. Nótese que en esta ocasión no se trata de un perjuicio sobre el medio ambiente conectado con los derechos del demandante al respeto del domicilio a través de la salud (artículo 8o.) sino del derecho a disfrutar del paisaje desde su domicilio (artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio Europeo). A pesar de que el demandante obtuvo una sentencia judicial favorable a la demolición del muro por haberse construido en un área de especial protección como “villa tradicional”, la ejecución de ésta nunca se llevó a cabo y el muro seguía en pie. Ante tal manifiesta inactividad para hacer cumplir una decisión judicial que era firme, el Tribunal Europeo decidió por unanimidad la violación del artículo 1o. del Protocolo Adicional núm. 1 imputable a Grecia.⁶³

⁶² Véase los párrafos 37 y 38 de la sentencia del Tribunal Europeo del 10 de noviembre de 2004. Véase, igualmente, los párrafos 44 a 47, en particular el 46 de la misma sentencia en lo que hace a la naturaleza civil de la queja de los demandantes como requisito para que entrara en juego el artículo 6.1 del Convenio Europeo: un peligro real y específico para sus propiedades y modo de vida a consecuencia de la presa proyectada.

⁶³ Párrafo 38 de la sentencia del Tribunal Europeo del 18 de noviembre de 2004. De este caso es interesante destacar que el Tribunal concedió al demandante la cantidad de 19,823 euros en virtud del artículo 41 del Convenio Europeo, por el perjuicio moral que le supuso

VII. ¿RIESGO DE RETROCESO EN LA JURISPRUDENCIA MEDIOAMBIENTAL MÁS RECIENTE?

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo parece apreciarse un cambio significativo que, de llegar a consolidarse, supondría en mi opinión un retroceso en la interpretación medioambiental desarrollada por este órgano en relación con la primera vía de protección indirecta del medio ambiente; esto es, en cuanto se es titular de derechos cuya garantía se exige en determinados supuestos y en virtud de un efecto reflejo, la protección del medio ambiente. Me estoy refiriendo, en concreto, a que no parece ser sólo relevante la naturaleza del derecho en juego y su importancia para el particular, como hemos visto en relación con la salud en el contexto de los derechos garantizados en el ámbito del artículo 8o. del Convenio Europeo, sino que además se exigiría un elemento cuantitativo reflejado en un grado suficientemente serio de gravedad de la injerencia sobre el medio ambiente con carácter independiente al elemento cualitativo representado por el perjuicio sufrido por el particular en el disfrute de sus derechos. Así parece deducirse de recientes pronunciamientos de este órgano: la Decisión sobre admisibilidad del 4 de febrero de 2020, en el caso *Cicek y otros contra Turquía*, y la sentencia del Tribunal Europeo del 10 de marzo de 2020, en el caso *Hudorovic y otros contra Eslovenia*, en la que este órgano aclaró que aun cuando el acceso al agua potable no es, como tal, un derecho protegido por el artículo 8o. del Convenio, una “falta persistente y duradera de acceso al agua potable” puede tener consecuencias adversas para la salud y la dignidad humana, erosionando efectivamente el núcleo de la vida privada. Por lo tanto, cuando se cumplen estas estrictas condiciones, la obligación positiva a cargo del Estado puede activarse, dependiendo de las circunstancias específicas del caso.⁶⁴

En una serie de casos anteriores, el Tribunal Europeo ya había venido considerando que el artículo 8o. del Convenio no había sido violado porque la degradación ambiental alegada por los demandantes no era lo suficientemente grave. Por ejemplo, en un caso relativo a la destrucción de un pantano

no poder seguir disfrutando del paisaje como había venido haciendo antes de la edificación del muro.

⁶⁴ Parágrafo 116 de la sentencia del Tribunal Europeo del 10 de marzo de 2020 en el caso *Hudorovic y otros contra Eslovenia*.

adyacente a la propiedad de los demandantes, el Tribunal concluyó que los demandantes no habían presentado argumentos convincentes que demostraran que el presunto daño a las aves y otras especies protegidas que vivían en el pantano era de tal naturaleza que afectara directamente a sus derechos en virtud del artículo 8o. El Tribunal Europeo señaló que el elemento crucial que debe estar presente para determinar si, en un caso determinado, la contaminación ambiental ha afectado adversamente uno de los derechos salvaguardados por dicha disposición era la existencia de un efecto nocivo en la esfera privada o familiar de una persona y no simplemente el deterioro general del medio ambiente.⁶⁵

En otro caso relacionado con la recuperación de un estanque contaminado a causa de una antigua mina de cobre y sus posibles consecuencias para el medio ambiente y la salud del demandante y de su familia, el Tribunal Europeo consideró que el artículo 8o. era inaplicable, teniendo en cuenta, entre otras cosas, al hecho de que el demandante no pudo demostrar que el grado de molestia en y alrededor de su casa había sido tal, que afectara considerablemente la calidad de su vida privada o familiar.⁶⁶ Si bien la existencia de riesgos para la salud vinculados a la implementación del esquema de recuperación fue corroborada por algunos de los informes periciales a nivel interno, el Tribunal Europeo no apreció que en este caso hubiera existido un efecto nocivo en el ámbito privado o familiar protegido por el artículo 8o. del Convenio, dado que no había pruebas de ningún impacto directo de la contaminación impugnada sobre el solicitante o su familia.⁶⁷

El primer ejemplo de un retroceso de la interpretación medioambiental que traemos a colación es el caso *Cicek y otros contra Turquía* (decisión sobre admisibilidad del 4 de febrero de 2020). Las circunstancias del caso, sucintamente expuestas, son las siguientes: los demandantes vivían en la provincia de Bursa, en la localidad de Orhangazi. En el momento de los hechos en cuestión, se encontraba en funcionamiento una planta de producción de cal con una cantera (“la Planta”) en las cercanías de su localidad. El 28 de julio de 2006, dos de los demandantes firmaron una petición dirigida a la oficina

⁶⁵ Véase la sentencia del Tribunal Europeo del 22 de mayo de 2003 en el caso *Kyrtatos contra Grecia*, párrafos 52 y 53.

⁶⁶ Ver el caso *Ivan Atanasov contra Bulgaria*, sentencia del Tribunal Europeo del 2 de diciembre de 2010, párrafo 75.

⁶⁷ Párrafos 76-78 de la sentencia del Tribunal Europeo del 2 de diciembre de 2010 en el caso *Ivan Atanasov contra Bulgaria*.

del gobernador de Bursa, en la que pedía el cierre de la planta debido a las emisiones tóxicas que se liberaban al aire que, según los solicitantes, eran transportadas por el viento hacia su ciudad, lo que contaminaba el aire.⁶⁸ El 11 de septiembre de ese mismo año, la oficina del gobernador de Bursa respondió a los solicitantes, indicando que se habían tomado medidas para probar la calidad del aire en las cercanías de la planta y que evaluarían la situación después de recibir los resultados de esas pruebas. Como no les pareció respuesta suficiente, pues consideraban una negativa implícita a cerrar la planta contaminante, poco tiempo después aquellos dos demandantes presentaron un caso ante el Tribunal Administrativo de Bursa, solicitando que se anulara la respuesta de la oficina del gobernador de Bursa. Dicho Tribunal, por decisión del 22 de enero de 2007, determinó no ajustadas a derecho las medidas adoptadas por la oficina del gobernador de Bursa respecto a las quejas de los demandantes, pero tampoco se posicionó sobre la petición de aquéllos del cierre de la planta contaminante.

En el caso *Cicek y otros contra Turquía*, el Tribunal Europeo afirmó lo que había de ser su tarea: “determinar si la supuesta contaminación fue lo suficientemente grave como para afectar adversamente, en una medida suficiente, la vida familiar y privada de los dos primeros demandantes y el disfrute de sus hogares”.⁶⁹ Tras un breve examen de la inexistencia de evidencias de dicha gravedad,⁷⁰ concluyó que: “ante la falta de pruebas de algún impacto

⁶⁸ Los demandantes sostuvieron que las emisiones de la planta los habían expuesto a humos peligrosos y tóxicos durante siete años, poniendo en peligro su salud. Además, sostuvieron que su calidad de vida había sufrido por el olor acre como resultado de las operaciones de la planta de cal. Los solicitantes, sin referirse a un peritaje específico ni a ninguna otra prueba disponible al momento de los hechos, se refirieron en general a estudios científicos que habían sido publicados en Internet con respecto a los efectos peligrosos del coque de petróleo, el lignito y la quema de neumáticos de automóviles usados en la producción de cal. Véase el párrafo 18 de la sentencia del Tribunal Europeo del 4 de febrero de 2020.

⁶⁹ Párrafo 30 de la decisión del Tribunal Europeo sobre la admisibilidad del 4 de febrero de 2020 en el caso *Cicek contra Turquía*.

⁷⁰ “Sobre la base del material del expediente, no puede establecer el alcance de la contaminación atmosférica supuestamente causada por la planta durante el periodo de tiempo pertinente... Los demandantes no proporcionaron ninguna información específica sobre las operaciones de la planta, sino que se refirieron en general a estudios científicos que se habían publicado en Internet con respecto a los efectos peligrosos del coque de petróleo, el lignito y la quema de neumáticos de automóviles usados en producción de cal... Los demandantes no proporcionaron informes periciales médicos o ambientales relevantes a su situación ni ninguna otra evidencia de contaminación del aire o molestias supuestamente causadas por la

directo sobre los demandantes o su calidad de vida, el Tribunal no está convencido de que la molestia denunciada equivaliera a una injerencia en la vida privada de los demandantes”.⁷¹

Como se ha señalado, hasta ahora el elemento cualitativo —la naturaleza del derecho en juego y su importancia para el particular— había pesado más que el elemento cuantitativo: la gravedad del ataque medioambiental. Así lo habíamos visto al distinguir el ruido nocturno —que afecta al sueño— del ruido diurno como nexo causal entre la salud y el disfrute efectivo de los derechos reconocidos en el artículo 8o. del Convenio Europeo. En su sentencia del 4 de febrero de 2020, el Tribunal Europeo parece desmarcarse de esa distinción cuando insiste en el necesario grado de gravedad de los efectos adversos de la contaminación ambiental con independencia de la repercusión que pueda tener sobre el particular:

...el Tribunal Europeo reitera desde el principio que el artículo 8o. no se aplica cada vez que se produce una contaminación ambiental. No existe un derecho explícito en el Convenio a un medio ambiente limpio y tranquilo, pero cuando una persona se ve afectada directa y gravemente por el ruido u otra contaminación, puede surgir un problema en virtud del artículo 8o... Además, los efectos adversos de la contaminación ambiental deben alcanzar un cierto nivel mínimo para que entren en el ámbito del artículo 8o... La valoración de ese mínimo es relativa y depende de todas las circunstancias del caso, como la intensidad y duración de la molestia, y sus efectos físicos o psicológicos. No habría ningún reclamo discutible bajo el artículo 8o. si el detrimento denunciado fuera insignificante en comparación con los peligros ambientales inherentes a la vida en cada ciudad moderna.⁷²

El segundo ejemplo de un retroceso de la interpretación medioambiental que traemos a colación es el caso *Hudorovic y otros contra Eslovenia*, sentencia del Tribunal Europeo del 10 de marzo de 2020. En el mismo, las denuncias de los demandantes se referían a una supuesta falta por parte del Estado de

operación de la planta”. Parágrafo 30 de la decisión del Tribunal Europeo sobre la admisibilidad del 4 de febrero de 2020 en el caso *Cicek contra Turquía*.

⁷¹ Parágrafo 32 de la decisión del Tribunal Europeo sobre la admisibilidad del 4 de febrero de 2020 en el caso *Cicek contra Turquía*.

⁷² Parágrafos 20 y 22 de la decisión del Tribunal Europeo del 4 de febrero de 2020 sobre la admisibilidad, en el caso *Cicek contra Turquía*.

brindarles acceso adecuado al agua potable y al saneamiento, teniendo en cuenta sus necesidades específicas como miembros de la comunidad gitana y su diferente estilo de vida. El Tribunal ya había tenido la oportunidad de emitir un juicio sobre los riesgos reales o potenciales relacionados, entre otras cosas, con las fuentes de agua contaminadas y su vínculo con la vida privada y el hogar de una persona.⁷³ Por este motivo, no sorprende que tras afirmar en el párrafo 116 de su sentencia del 10 de marzo de 2020 que aun cuando el acceso al agua potable no es, como tal, un derecho protegido por el artículo 8o. del Convenio Europeo, añadió sin embargo, que sin agua la persona humana no puede sobrevivir y una falta persistente y prolongada de acceso al agua potable puede, por su propia naturaleza, tener consecuencias adversas para la salud y la dignidad humana, erosionando efectivamente el núcleo de la vida privada y el disfrute de un hogar en el sentido del artículo 8o. Por lo tanto, concluye señalando en el citado párrafo 116 de su sentencia en el caso *Hudorovic y otros contra Eslovenia* que

...cuando se cumplen estas estrictas condiciones, la Corte no puede excluir que un alegato convincente pueda desencadenar las obligaciones positivas del Estado en virtud de esa disposición. La existencia de dicha obligación positiva y su eventual contenido están necesariamente determinados por las circunstancias específicas de las personas afectadas, pero también por el marco legal, así como por la situación económica y social del Estado en cuestión. El Tribunal considera que la cuestión de si se desencadenaron obligaciones positivas en el presente caso y el alcance de dichas obligaciones, que son las cuestiones centrales por examinar en el fondo, están estrechamente vinculadas a las circunstancias específicas del caso y a *su grado de gravedad* (la cursiva es añadida).

⁷³ En los casos *Dubetska y otros contra Ucrania*, sentencia del 10 de febrero de 2011, párrafos 109-123, y *Dzemyuk contra Ucrania*, sentencia del 4 de septiembre de 2014, párrafos 77-84. Incluso en ausencia de evidencia directa de daño real a la salud de los demandantes, el Tribunal aceptó que éstos podían quedar afectados por la contaminación del agua en cuestión (véase *Dubetska y otros contra Ucrania*, antes citado, párrafo 111, y *Dzemyuk contra Ucrania*, citado anteriormente, párrafo 82). Además, al examinar las preocupaciones ambientales en cuestión, el Tribunal concluyó que el elevado riesgo para la salud de los demandantes había constituido una injerencia en su vida privada y en sus hogares, que había alcanzado un grado de gravedad suficiente para desencadenar la aplicación del artículo 8o. del Convenio Europeo (véase *Dubetska y otros contra Ucrania*, antes citado, párrafos 118 y 119 y *Dzemyuk contra Ucrania*, antes citado, párrafos 83 y 84).

El elemento cualitativo dentro del test de proporcionalidad de la injerencia medioambiental —en este caso la falta de acceso al agua corriente y la ausencia de medidas adecuadas de saneamiento de aguas fecales— queda reafirmado por el Tribunal Europeo cuando, en el parágrafo 142 de su sentencia, afirma que “es necesario tener en cuenta la situación vulnerable y desfavorecida de la población romaní, que requiere que se preste especial atención a sus necesidades y a sus diferentes estilos de vida, tanto en el marco de planificación reglamentaria pertinente como en la adopción de decisiones en casos particulares”.⁷⁴

Sin embargo, el elemento cuantitativo, representado en la gravedad de la injerencia medioambiental también estuvo presente en las circunstancias del caso para apreciar que la exigencia de un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego, implícita en la prueba de proporcionalidad, se había respetado en las condiciones vividas por los demandantes. En efecto, tras reconocer un amplio margen de apreciación nacional en el parágrafo 144 de la sentencia,⁷⁵ el Tribunal Europeo manifestó en los párrafos 156 y 157 que las injerencias medioambientales sufridas por los demandantes —representadas en su limitado acceso al agua potable y en la ausencia de medidas para garantizar el saneamiento de aquellos—, no fueron lo suficientemente graves y, en consecuencia, concluyó en el parágrafo 158 de la sentencia que

⁷⁴ Añadiendo a renglón seguido que: “es posible que grupos sociales como los romaníes necesiten ayuda para poder disfrutar de forma efectiva de los mismos derechos que la población mayoritaria. Como ha señalado el Tribunal Europeo en el contexto del artículo 14 del Convenio Europeo, esa disposición no sólo no prohíbe a un Estado miembro tratar a los grupos de manera diferente para corregir las «desigualdades de hecho» entre ellos, sino que, además, en determinadas circunstancias, la falta de interés por corregir la desigualdad mediante un trato diferente puede en sí misma dar lugar a una infracción del artículo 14... En el contexto del artículo 8o., la especificidad de los solicitantes como grupo social y sus necesidades se ha considerado uno de los factores relevantes en la evaluación de la proporcionalidad que las autoridades nacionales están obligadas a asumir”.

⁷⁵ “El nivel de realización del acceso al agua y el saneamiento dependerá en gran medida de una evaluación compleja y específica de cada país de las diversas necesidades y prioridades para las cuales se deben proporcionar fondos. En opinión del Tribunal Europeo, se debe otorgar a los Estados una amplia discreción en la evaluación de esas prioridades y las decisiones legislativas que toman, dado su amplio margen de apreciación en cuestiones socioeconómicas. Esa discreción también debe aplicarse a los pasos concretos destinados a garantizar que todos tengan un acceso adecuado al agua, como la adopción de una estrategia nacional de agua, proyectos de implementación nacionales y locales de cualquier estrategia de este tipo o, de hecho, el suministro de agua del sistema público de distribución de agua a hogares individuales”.

...reiterando, en primer lugar, que los demandantes recibieron beneficios sociales que podrían haber sido utilizados para mejorar sus condiciones de vida; en segundo lugar, que se concede a los Estados un amplio margen de apreciación en materia de vivienda, y en tercer lugar, que los demandantes no han demostrado de manera convincente que la presunta falta del Estado de brindarles acceso a agua potable tuvo como resultado consecuencias adversas para la salud y la dignidad humana que efectivamente erosionaron sus derechos fundamentales en virtud del artículo 8o. (véanse los párrafos 115 y 116 supra), el Tribunal considera que las medidas adoptadas por el Estado para garantizar el acceso de los demandantes al agua potable y al saneamiento, se tuvo en cuenta la situación vulnerable de aquéllos y cumplió los requisitos del artículo 8o. del Convenio.

VIII. CONCLUSIONES

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

El derecho humano al disfrute de un medio ambiente adecuado ha sido objeto de protección indirecta en el sistema del Convenio Europeo durante los últimos 30 años, desde la sentencia del 21 de febrero de 1990 en el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*, cuando el efectivo disfrute de los derechos y libertades garantizados en dicho sistema no es posible a consecuencia de unas condiciones medioambientales degradadas. Esto es, la responsabilidad de un Estado parte en el sistema del Convenio Europeo se compromete siempre que, y sólo en la medida en que el Tribunal Europeo considere que se trata de una injerencia medioambiental no justificada desde el punto de vista del propio Convenio Europeo por no respetar el justo equilibrio que debe darse entre los diversos intereses en presencia: de un lado, los del particular que sufre el ataque medioambiental; de otro, los de la comunidad en su conjunto o de otros particulares a los que se atribuye el origen de dicho ataque.

De lo anterior se deduce que, al igual que los derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo a los que se encuentra conectado, el derecho a un medio ambiente adecuado no es un derecho absoluto. Dependerá de las circunstancias concretas de cada caso, como la actitud de las autoridades y, en especial, el derecho afectado por la injerencia y su importancia para el particular, apreciar si se ha producido o no una violación del sistema

del Convenio a causa de un ataque medioambiental. Cuando el derecho en juego es un aspecto íntimo del derecho a la vida privada y al respeto del domicilio, por ejemplo el derecho al descanso —que incide en la salud de los particulares además de en su bienestar y en el derecho al disfrute de su domicilio— el Tribunal Europeo se muestra particularmente exigente cuando aprecia si las razones aportadas por las autoridades del Estado demandado resultan ser suficientemente convincentes como para hacerle concluir que dicha injerencia medioambiental no es contraria al Convenio Europeo y respeta un justo equilibrio entre los diversos intereses opuestos.

Se trata de una vía indirecta y no parece que se esté creando por vía judicial un nuevo derecho —el disfrute de un medio ambiente adecuado— que amplíe el catálogo de derechos y libertades reconocidos en el sistema del Convenio Europeo. Es evidente que el Tribunal Europeo no puede hacer de legislador sustituyendo a los Estados soberanos con una interpretación extensiva, teleológica y dinámica que pueda ser entendida como una extralimitación en sus funciones estrictamente garantistas.

Dicho esto, cabe reconocer, sin embargo, que a la luz de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo asistimos a una creciente percepción de la dimensión medioambiental de cada vez más derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo lo cual, en la práctica, supone la protección del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado como implícito en los mismos. De este modo, el Tribunal Europeo se ha mostrado dispuesto a proteger este derecho a un medio ambiente adecuado cuando lo estime necesario —y sólo en dicha medida— para el efectivo disfrute de alguno de los derechos que ya están reconocidos, o cuando constate que la existencia de un interés general en salvaguardar un medio ambiente de calidad permite a los Estados que son parte en este sistema del Convenio Europeo restringir el ejercicio de algunos de los derechos y libertades reconocidos en el mismo.

Para desarrollar la dimensión medioambiental del sistema del Convenio Europeo, los órganos garantes del mismo, en especial el Tribunal Europeo, han aplicado la prueba de la proporcionalidad de la injerencia medioambiental atribuible a las autoridades de un Estado de un modo directo o indirecto en el efectivo disfrute de algunos de los derechos garantizados. Como punto de partida ha sido la constatación del alcance del margen de apreciación que en las circunstancias concretas de cada caso había de ser reconocido al Estado demandado para valorar si una restricción en el disfrute

de los derechos garantizados era o no necesaria y, por ello, compatible con las obligaciones impuestas a los Estados por ser parte en dicho sistema. La importancia de esta aproximación radica en que cuanto mayor margen de apreciación nacional es reconocido a las autoridades de un Estado en razón a su directo contacto con la realidad de su sociedad, más fácil resultará a aquéllas convencer al Tribunal Europeo de que las medidas tomadas y no otras eran las idóneas para alcanzar el fin legítimo que ocasionó la injerencia denunciada.

Sería deseable contar con una fórmula fiable, matemática incluso, que determinara de una vez por todas cuál es la extensión del margen de apreciación nacional al valorar la necesidad de injerencia en el disfrute de algunos de los derechos garantizados en el sistema del Convenio Europeo; pero al día de hoy, el Tribunal Europeo sigue prefiriendo una aproximación casuística sobre la base de diversos factores cuya combinación —caso de manifestarse en las circunstancias y hechos que conoce— arroja un resultado incierto. Así, existen factores que contribuyen a reconocer un margen de apreciación amplio a las autoridades de un Estado (por ejemplo, la naturaleza positiva de la obligación que tiene a su cargo, el equilibrio razonable entre el interés general y el interés del particular afectado por la injerencia, las características de fondo y de forma de los ordenamientos jurídicos de los Estados, el fin perseguido con dicha injerencia, el contexto del caso, la inexistencia de un consenso europeo en la materia objeto de litigio) junto a otros factores que inducen al Tribunal Europeo a restringir dicho margen de apreciación. El principal de estos factores reductores de la discrecionalidad que tienen reconocida los Estados que son parte en el sistema del Convenio Europeo a la hora de asegurar el efectivo disfrute de los derechos y libertades garantizados en el mismo, es la naturaleza del derecho y su importancia para el particular. En este sentido, en la jurisprudencia medioambiental analizada, ha quedado de manifiesto que lo relevante no ha sido tanto la gravedad objetiva del perjuicio sufrido por los particulares, sino valorar en qué medida se encontraba afectado un derecho que es esencial para aquéllos.

Frente a estas luces, no debe dejar de advertirse las sombras que perduran y que han sido puestas de manifiesto sin pretender con ello desmerecer lo mucho logrado en el sistema del Convenio Europeo para proteger un derecho humano al medio ambiente sano y equilibrado, a falta de su reconocimiento en un protocolo facultativo de carácter sustantivo por los jefes

de Estado y de gobierno que se muestran prestos a salir en la foto oficial que conmemora cada nuevo intento de lucha contra los efectos adversos del cambio climático. La posibilidad de que se reconozca una *legitimatio popularis* para defender el medio ambiente como parte del interés general en una sociedad democrática que permite, conforme a la ley, restringir el ejercicio de determinados derechos reconocidos en el sistema del Convenio, de una parte, y el deseo de que en el equilibrio necesario a respetar entre los distintos intereses en juego —como exigencia del test de proporcionalidad de cualquier injerencia en el disfrute de los derechos garantizados en este sistema a los particulares— siga pesando el elemento cualitativo (la naturaleza del derecho afectado y su importancia para el particular) sobre el elemento cuantitativo (la gravedad del perjuicio medioambiental denunciado) son dos cuestiones pendientes por abordar en los próximos años, siempre que se dé la necesaria voluntad judicial de los hombres y mujeres que integran el Tribunal Europeo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERNHARDT, R., “Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties”, en MATSCHER, Franz y PETZOLD, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights. The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Dordrecht, Ed. Franz Matscher-Herbert Petzold, 1988.
- BORRÁS, S., “La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, 2015 y 2016.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, París, Economica, 1989.
- DÉJEANT-PONS, M., “L’insertion du droit de l’homme à l’environnement dans les systèmes regionaux de protection des droits de l’homme”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, vol. 3, núm. 11, 1991.

- GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.
- KISS, A., “An Introductory Note on a Human Right to Environment”, en BROWN WEISS, Edith (ed.), *Environmental Change and International Law*, Tokio, United Nations University Press, 1992.
- MAHONEY, P., “Judicial Activism and Judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same Coin”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2.
- MANLIVERNI, G., “Prólogo”, en KASTANAS, E., *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Bruylant, 1996.
- MELCHIOR, M., “Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention Européenne de Droits de l’Homme”, en MATSCHER, Franz y PETZOLD, Herbert (eds.), *Protecting Human Rights. The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1988.
- OLIVEIRA MAZZUOLI, V. de y FARIA MOREIRA TEIXIRA, G. de, “La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4, 2014 y 2015.

¿De verdad Francisco de Vitoria fue el padre del derecho internacional?

Was Francisco de Vitoria Really the Father of International Law?

Était vraiment Francisco de Vitoria le père du droit international?

Pablo Antonio **Fernández Sánchez***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los argumentos doctrinales de Vitoria en torno al derecho internacional*. III. *Los mimbres para la construcción del derecho internacional clásico en Francisco de Vitoria*. IV. *El totus orbis y la comunidad internacional, como centro neurálgico del pensamiento vitoriano*. V. *Francisco de Vitoria versus Hugo Grocio*. VI. *¿Sirve el pensamiento vitoriano para fundamentar el nuevo orden jurídico global actual?* VII. *Los nuevos paradigmas de la sociedad internacional más cerca del totus orbis que los existentes en el siglo XVI*. VIII. *Características del derecho global actual y las ideas vitorianas*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

* Universidad de Sevilla, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9614-9760>, pafernandez@us.es.

Artículo recibido el 16 de marzo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 151-193
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Francisco de Vitoria fue el primer intelectual que reflexionó sobre las nuevas características que el descubrimiento de América traería a la organización del mundo. Utilizó argumentos doctrinales, por lo que se le reconoció la paternidad del derecho internacional, tal como se desarrolló en los siglos posteriores. Tuvo la virtud de considerar la existencia de un *totus orbis*, que hoy llamaríamos “comunidad internacional”. Luego, rivalizaría con Hugo Grocio en relación con la paternidad de esta rama del derecho. Sin embargo, su pensamiento quizá no fue bien entendido. Vitoria no estaba pensando en un ordenamiento cuyo centro fuera el Estado sino la persona.

Palabras clave: Francisco de Vitoria, Hugo Grocio, derecho internacional clásico, derecho global, comunidad internacional, *totus orbis*.

ABSTRACT: Francisco de Vitoria was the first intellectual who reflected on the new characteristics that the discovery of America would bring to the organization of the world. He used doctrinal arguments by which his paternity of international law was recognized, as it developed in subsequent centuries. He had the virtue of considering the existence of a *totus orbis*, which today we would call the “international community”. He would later rival Hugo Grotius in relation to the paternity of this branch of law. However, the thought of him was perhaps not well understood. Vitoria was not thinking of a legal system whose center was the State, but the person.

Key words: Francisco de Vitoria, Hugo Grocio, classic international law, global law, international community, *totus orbis*.

RÉSUMÉ: Francisco de Vitoria a été le premier intellectuel qui a réfléchi sur les nouvelles caractéristiques que la découverte de l’Amérique apporterait à l’organisation du monde. Il a utilisé des arguments doctrinaux par lesquels la paternité du droit international l’a été reconnue, telle qu’elle s’est développée au cours des siècles suivants. Il avait le mérite de considérer l’existence d’un *totus orbis*, que nous appellerions aujourd’hui la “communauté internationale”. Ensuite, il rivaliserait avec Hugo Grotius par rapport à la paternité de cette branche du droit. Cependant, sa pensée n’était peut-être pas bien comprise. Vitoria ne pensait pas à un système juridique dont le centre était l’État, mais la personne.

Mots-clés: Francisco de Vitoria, Hugo Grocio, droit international classique, droit global, communauté internationale, *totus orbis*.

I. INTRODUCCIÓN

El llamado Siglo de Oro español se caracterizó, en el contexto en el que se desarrolla este artículo, en la elaboración intelectual de una escuela de pensamiento que argumentó muchos de los aspectos que hemos considerado hasta la fecha como el derecho internacional.

Esta escuela de pensamiento se desenvuelve en el ámbito universitario europeo, principalmente París, Roma, Coímbra y Bolonia;¹ sin embargo, donde realmente se desarrolla es en las universidades hispánicas. Sólo entre 1500 y 1560 se crean en todo el vasto territorio del imperio español, dieciocho universidades, pero ya existían algunas tan importantes, como Salamanca, Alcalá de Henares o Valladolid,² que eran, por ese mismo orden, las universidades que más alumnos tenían en toda Europa.

Esta confluencia de circunstancias hizo que los grandes pensadores se acercaran a Salamanca, de tal manera que al conjunto de intelectuales que desarrollaron ideas en torno a lo que hoy conocemos como derecho internacional se le conoce como Escuela de Salamanca de derecho internacional³ o, menos apropiadamente, como Segunda Escolástica.⁴ Esta aproximación escolástica se acepta por la cuestión metodológica, porque “enunciaba un principio, ordenaba los argumentos en su favor y aducía los argumentos contrarios, para deducir al fin las propias conclusiones”.⁵

¹ Para ver un mapa de las universidades existentes en Europa a principios del siglo XVI, véase Colbeck, Ch., *The Public Schools Historical Atlas*, Nueva York-Londres-Bombay, Longmans y Green, 1905, p. 23.

² Estos datos pueden verse en Prögler, D., *English Students at Leiden University, 1575-1650*, Farnham (Surrey), Ashgate, 2013. También véase en Werner, Th. y Verdonk, R., *Encuentros en Flandes. Relaciones e intercambios hispanoflamencos a inicios de la edad moderna*, Lovaina (Bélgica), Leuven University Press, 2000.

³ En realidad, se le llama Escuela Española, pero el hecho indiscutible fue que hubo una Escuela de Salamanca de universal renombre. Véase Rodríguez Molinero, M., “La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 43-75, especialmente pp. 45-49.

⁴ Torrent Ruiz, A., “Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI”, *Teoría e Storia del Diritto Privado*, núm. 6, 2013, pp. 1-77.

⁵ “El descubrimiento de América y el derecho internacional público”, *Viajes Jurídicos*, 10 de julio de 2020, disponible en: <https://viajesjuridicos.com/2020/07/10/el-descubrimiento-de->

Es verdad que no fue sólo Francisco de Vitoria, sino que también el pensamiento estructurado de la constitución de una comunidad internacional partía del análisis y el estudio de un conjunto de hombres que constituyeron, como he dicho, una Escuela. Así lo piensa el profesor Riaza, considerando que estamos ante una escuela propiamente dicha. Analiza los escritos de Vitoria, Soto, Molina y Suárez, donde encontró un método común, una temática coincidente y una raíz filosófica única: el tomismo, para llegar a la conclusión de que conforma una auténtica escuela.⁶

Tal vez, no constituyeron una “escuela” en el sentido clásico.⁷ Sin embargo, lo que tenían en común era que todos analizaron la conquista de América desde un punto de vista crítico. Dirigieron, por primera vez, sus ideas centrales hacia la dignidad de los seres humanos. Los derechos humanos fueron defendidos para toda la humanidad. Esto suponía una novedad.

También establecieron reglas para la ocupación del nuevo mundo. El emperador no tenía derecho a la posesión de nuevas tierras. Los indios tenían el derecho de conservar sus propios territorios, y ambos mundos (europeo e indio) tenían el derecho a la igual soberanía. La convivencia intercultural fue un postulado de la Escuela.

Francisco de Vitoria y, después, Francisco Suárez fueron los dos eruditos más importantes que contribuyeron a la construcción del derecho internacional. Sin embargo, a Francisco de Vitoria se le atribuye la paternidad del derecho internacional, porque Suárez se ocupó más de la filosofía del derecho.⁸

Ahora bien, me he preguntado si de verdad fue el padre del derecho internacional, y la respuesta va a requerir el análisis de los fundamentos de este sector doctrinal, para determinar si ese análisis es coincidente con

america-y-el-derecho-internacional-publico/. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 5 de marzo de 2021.

⁶ Riaza Martínez-Osorio, R., “La escuela española del derecho natural”, *Revista de Cultura y Vida Universitaria*, 1925.

⁷ Sin embargo, a la muerte de Vitoria en 1547 había más de treinta catedráticos discípulos de Vitoria en las universidades españolas, entre ellos Domingo de Soto, Diego Covarrubias, Melchor Cano y Fernando Vázquez de Menchaca.

⁸ Suárez, F., *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore*, Madrid, CSIC, 1971-1981, 8 vols., Esta edición es una edición crítica bilingüe (latín y español) basada en la edición original publicada en Coímbra en 1612.

el pensamiento vitoriano. Si lo es, al ser Vitoria el primer pensador que habló de estas cuestiones debería declararse la paternidad de la elaboración y sistematización de este ordenamiento. Si no es coincidente, habrá que determinar que no lo es o que es padre de algo diferente que puede o no coincidir con un ordenamiento parecido, pero más vivo o, como se diría ahora, más líquido.

Como hipótesis, si analizamos el proceso de globalización actual, tal vez podríamos convencernos de que Vitoria pensaba en una sociedad internacional mucho más parecida a la actual que aquella a la que iba destinada en el siglo XVI. Por tanto, quizá, lo que luego sería el derecho internacional que hemos considerado clásico hasta ahora no era exactamente lo que consideraba Vitoria. Eso puede afirmarse cuando observamos el marco de preocupación intelectual de Vitoria, cuyo objeto se aproxima más a los intereses generales actuales que a los intereses comunes de los Estados; se aproxima más a una sociedad o comunidad integrada que a una sociedad de Estados yuxtapuestos.

Para explorar estas ideas, por tanto, voy a utilizar algunos argumentos clásicos y otros más novedosos, y los voy a poner en conexión para dar cumplida respuesta, si es que es posible, a la pregunta del título.

Para alcanzar este objetivo será imprescindible poner orden en los conceptos y conectarlos con la realidad jurídica para determinar si la experiencia empírica es acorde. Ello me guiará por un método intuitivo, que me permitirá observar los fenómenos jurídicos y dar respuestas a los mismos, tras proceder a su análisis y evaluación, y por un método sistemático, que ordene y relacione lo aparentemente disperso. No podré olvidarme del método historicista, porque el desarrollo cronológico permitirá una adecuación al mundo jurídico real. Estos métodos bien combinados me permitirán observar los fenómenos que se analizan, formular los posibles problemas y contradicciones, confirmar la hipótesis y establecer unos resultados.

Obviamente, las fuentes van a ser muy diversas, pero la mayoría serán doctrinales, bien originales, bien desarrolladas o comentadas por autores acreditados, o análisis diversos sobre el entorno, las ideas, el momento histórico, etcétera que sirvan para encuadrar el objeto de estudio.

II. LOS ARGUMENTOS DOCTRINALES DE VITORIA EN TORNO AL DERECHO INTERNACIONAL

Francisco de Vitoria (1485-1546) se había alejado del viejo mundo feudal y fetichista y dedicó parte de su vida a reflexionar sobre los valores generales y los valores colectivos; estaba preocupado, por la deriva del imperio español en el que vivía y se cuestionaba el trato a las nuevas personas encontradas en América o al destino de los nuevos territorios conquistados. Esto le sirvió para reflexionar sobre la nueva dimensión de lo que se llamaba entonces el universo mundo.⁹

Francisco de Vitoria, concebido fundamentalmente como un teólogo, dijo que “El oficio del teólogo es tan vasto, que ningún argumento, ninguna disputa, ninguna materia, parecen ajenos a su profesión”.¹⁰ Ello justifica las incursiones de Vitoria en el mundo del derecho, de la economía, de la sociología, de la política, etcétera.

Ahora bien, no conservamos textos originales donde fundamentar las teorías de Vitoria. Sin embargo, existen copias de los apuntes, sobre todo los tomados en clase por el alumno Francisco Trigo, durante los cursos 1534 a 1537,¹¹ y algunas de las doce *relectiones* que seguramente pudo revisar el propio Vitoria. No obstante, hay que tener en cuenta que es

⁹ Esta expresión medieval era relativamente común encontrarla en los escritores de la época. Denota la escala de la humanidad en el universo. En derecho canónico aparece, por ejemplo, en la frase “*Formationi ad cultum Eucharisticum iungatur formatio ad divinum officium, quo sacerdotes «nomine Ecclesiae pro toto populo sibi commisso, immo pro universo mundo, Deum deprecentur»* (Conc. Vat. II, Decr. de Presbyt. ministerio et vita *Presbyterorum Ordinis*, n. 5), en *Acta Apostolicae Sedis, Commentarium Officiale*, An et, vol. LXII, Typis Polyglottis Vaticanis, MDCCCCLXX, Libreria Editrice Vaticana, 1979, p. 358, disponible en: <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-62-1970-ocr.pdf>. Cervantes la utiliza en el Quijote, en el capítulo LI: “Que trata de lo que contó el cabrero a todos los que llevaban a Don Quijote al referirse a Nápoles como «la más rica y más viciosa ciudad que había en todo el universo mundo»”. Véase Cervantes, M. de, *Don Quijote de la Mancha*, Barcelona, Planeta-Fundación Gala-Salvador Dalí, 2004, p. 313. También está recogida por Riquer, M. de, *Antología, cantares de gesta, trovadore, narrativa medieval, literatura catalana, y vida caballeresca*, Barcelona, Anthropos, 1989, p. 95. Igualmente se encuentra en Latourelle, R., *Teología de la revelación*, Salamanca, Sígueme, 1967, p. 281.

¹⁰ Vitoria, F. de, *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985, p. 2.

¹¹ Rodríguez Molinero, M., *op. cit.*, p. 53.

...dable observar la redacción desmañada, las omisiones y las construcciones oscuras propias de esas versiones estudiantiles. Los escritos... deben ser tomados, pues, no como versiones taquigráficas, sino como algo aproximado, cuando no tergiversado, como testifica el primer editor de las *Relecciones* en la dedicatoria al inquisidor Valdés: *alius misere dilacerabit alius corrupte recitabit*.¹²

Francisco de Vitoria¹³ (junto a Francisco Suárez)¹⁴ acercó el viejo concepto de *ius gentium* al derecho de gentes o *inter gentes*, alejándose del viejo derecho romano y acercándose al moderno derecho internacional. De hecho, hay quien no estimándolo fundador del derecho internacional, al menos, lo considera¹⁵ precursor del mismo; pero esta consideración en sí misma es una injusticia inaceptable. El profesor Roca Tocco señala que “su nombre se menciona y no dejará nunca de mencionarse en punto a la génesis de nuestra disciplina, junto a los de Francisco Suárez (1548-1617), Alberico Gentili (1552-1608) y Hugo Grocio (1583-1645)”.¹⁶

Como dijo Verdross:

...el mérito fundamental de Vitoria consiste en haber dado un relieve especial al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo: el mundo (*totus orbis*) integra una sola comunidad jurídica, pero no como una simple idea —según era el pensamiento de la Stoa—¹⁷ sino como una comunidad concreta, unida al derecho natural. Vitoria dio por primera vez el nombre de *jus*

¹² Piroto, A. de, “Francisco de Vitoria”, en Vitoria, F. de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Madrid, 3a. ed., Espasa-Calpe, 1975, pp. 14 y 15.

¹³ Sobre este personaje histórico y sus análisis jurídicos, véase Barcia Trelles, C., “Francisco de Vitoria et l’École moderne de droit international”, *RCADI*, vol. II, 1927, pp. 111 y ss.

¹⁴ Las obras donde expuso sus ideas sobre el “Derecho de Gentes” fueron *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612) y *De Charitate* (1621). Sobre el personaje véase Barcia Trelles, C., “Francisco Suárez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVI si cles et l’école moderne du droit international”, *RCADI*, vol. 43, 1933, pp. 389-551.

¹⁵ Zaballa, L., “Vitoria, Grocio y el origen del derecho internacional”, *Análisis*, núm. 10, junio de 2017, p. 4, disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_%20ANALISIS_10.pdf.

¹⁶ Roca Tocco, C. A., “Origen y evolución del derecho internacional público”, *IUSHISTORIA. Revista Electrónica*, núm. 3, septiembre de 2006, p. 9, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>.

¹⁷ Escuela Estóica, ubicada en el pórtico de Atenas, dirigida por Crisipo de Solos. Véase Thompson, H. A., *The Stoa of Attalos II in Athens*, Nueva Jersey, Princeton, 1992. Hay un in-

inter gentes a las normas del derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos.¹⁸

Por tanto, Vitoria difiere del pensamiento de Gayo, porque considera al derecho internacional como *ius intergentes*, es decir, derecho entre naciones,¹⁹ a diferencia del *ius gentium* de Gayo, que era el derecho común a los hombres, es decir, el derecho natural.²⁰ Esto justificaría, por sí solo, la inclusión de Vitoria en la vitola de la paternidad del derecho internacional. De hecho, Ortiz Treviño reconoce que

Francisco de Vitoria es el indudable padre del derecho internacional moderno. En la *Relectio prior de Indis recenter inventis* de 1538, al argumentar el primer título legítimo por el que los habitantes del nuevo mundo pudieran pasar al dominio de España, referente a la comunidad jurídica natural internacional, decide transformar el concepto clásico de *ius gentium* por el de *ius intergentes*.²¹

El profesor norteamericano Brown Scott tampoco tuvo dudas:

La escuela moderna de derecho internacional surgió a la vida, para hacer frente a las necesidades modernas de las naciones. Y el primero que expuso los principios que deberían regir y los aplicó a hechos concretos de la vida internacional de su época, fue Francisco de Vitoria, en sus dos lecciones sobre las Indias.²²

interesante libro sobre la influencia de la *Stoa* en Grocio. Véase Blom, H. W. y Winkel, L. C. (eds.), *Grotius and the Stoa*, Países Bajos, Royal Van Gorkum, 2004.

¹⁸ Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983, p. 147.

¹⁹ Sobre el sistema de fuentes en Francisco de Vitoria, véase Todescan, F., “*Ultrum Omnium Lex Derivetur a Lege Aeterna*. Dogmatica giuridica e suggestioni teologiche nel «sistema delle fonti» di Francisco de Vitoria”, en Beneyto, J. M. y Román Vaca, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, Madrid, CEU Ediciones, 2014, cap. II.

²⁰ Pietro, A., *Institutas de Gayo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 45-47.

²¹ Ortiz Treviño, R. G., “La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, 2005, pp. 51 y 52.

²² Brown Scott, J., *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, Cuesta-Universidad de Valladolid, 1928, pp. 12-73.

Este *ius intergentes* de Vitoria es, pues, el antecedente inmediato del derecho internacional moderno²³ y, en realidad, no tiene nada que ver con el viejo *ius gentium*.

Las discusiones doctrinales en torno a este nuevo derecho sirven de almohada para ir definiéndolo lentamente.

La doctrina de Francisco de Vitoria defendió “los derechos inalienables de los pueblos indios, entre ellos a conservar sus propiedades y a mantener a sus gobernantes legítimos, así como a preservar su lengua y tradiciones”,²⁴ es decir, habla de derechos individuales y colectivos. Consideró siempre que los indios, por tanto, eran dueños de sus tierras y ningún príncipe cristiano era superior a ellos.

En su elección sobre la potestad civil, Vitoria acentúa la distinción de lo que llama la sociedad natural de la humanidad de la sociedad eclesiástica, por razón de origen, finalidad y poder que la encarna.²⁵ Por tanto, aquellos que le acusan de teologizar el derecho no han interpretado correctamente su pensamiento.

Francisco de Vitoria también fundamentó el derecho de injerencia humanitaria cuando se cuestiona

...si es lícito hacer la guerra a los bárbaros si se alimentan de carne humana y sacrifican vidas inocentes. La razón radica en que se trata de la violación de derechos inalienables e irrenunciables; además en la mayoría de las ocasiones consta que son llevados a la muerte contra su voluntad, sobre todo cuando se trata de niños. Por ello es lícito intervenir y recurrir a la guerra para proteger el derecho a la vida de seres inocentes.²⁶

Otro argumento doctrinal para reconocer a Vitoria la posible paternidad del derecho internacional es su idea de lo que hoy llamaríamos patrimonio

²³ Sobre su concepción de un orden cosmopolita, véase Sánchez Hidalgo, A., “Francisco de Vitoria: un orden cosmopolita a realizar”, en Beneyto, J. M. y Román Vaca, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, Madrid, CEU Ediciones, 2014, cap. 9.

²⁴ Rodríguez Molinero, *op. cit.*, p. 46.

²⁵ Beltrán de Heredia y Ruiz de Alegría, Vicente, *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por Vicente L. Pereña y J.M. Pérez Prendes, Madrid, C. S. I. C. 1967, p. XXV.

²⁶ Rodríguez Molinero, *op. cit.*, p. 56.

común de la humanidad o, más moderno aún, bienes públicos globales. En su *Relectio prima de Indis*, Vitoria consideraba al mar, a los ríos y a los puertos como bienes comunes a los pueblos, aunque lo fundamentaba en el derecho natural.²⁷

III. LOS MIMBRES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO EN FRANCISCO DE VITORIA

Vitoria fundamenta la ocupación de América en su concepto de la guerra justa. Sólo será justa la guerra siempre y cuando haya oposición a la prédica y al comercio justo.²⁸ Ésas eran las dos claves necesarias: poder predicar el evangelio y poder comerciar.

En relación con el comercio justo, Francisco de Vitoria considera que es un derecho natural y, por lo tanto, los españoles pueden comerciar con los bárbaros y éstos no pueden negarse. Si se niegan, estarían dando título suficiente para el ejercicio de una guerra justa.²⁹

Igual planteamiento tiene Vitoria en relación con el derecho de prédica. Los cristianos disponen del derecho de anunciar el evangelio a los bárbaros. Vitoria señala que

Si los bárbaros, ya sean sus jefes, ya sea el pueblo mismo, impidieran a los españoles anunciar libremente el evangelio... hacen los bárbaros injuria a los cristianos... luego, tienen ya éstos justa causa para declarar la guerra... es lícito a los españoles ocupar sus tierras y provincias, establecer nuevos señores y destituir a los antiguos, y hacer las demás cosas que por derecho de guerra son lícitas en toda guerra justa.³⁰

Como vemos, ninguno de los dos podría servir de fundamento para los problemas actuales del siglo XXI en relación con el orden mundial, pero sí

²⁷ Citado por Vallet de Goytisolo, J. B., "Perspectiva histórica de las relaciones de derecho internacional público observadas por el derecho de gentes", *Verbo Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el derecho Natural y Cristiano*, núms. 411-412, 2003, p. 78.

²⁸ Maldonado Simán, B., "La guerra justa de Francisco de Vitoria", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 695.

²⁹ Vitoria, F. de, *Reelecciones del...*, cit., México, Porrúa, 1985, pp. 60-65.

³⁰ *Ibidem*, p. 66.

para la construcción del derecho internacional clásico. Ambos son signos de su tiempo, como gustaba decir al papa Bueno, y el actual orden mundial es deudor de ambos.

Vitoria no criminaliza la conquista, pero establece derechos para los indios. Como reconoce Beatriz Maldonado Simán:

La novedad del pensamiento vitoriano radica pues, en la formulación de títulos basados en el derecho natural común a todas las naciones como el libre comercio que esgrime, apartándose en apariencia y sólo en apariencia de la raigambre medieval, pues la tarea de misión es característica del Medievo. Así, es la interpretación moderna de su pensamiento la que lo adscribe a los nuevos tiempos.³¹

La síntesis doctrinal de Vitoria en relación con el hecho colonial puede centrarse en el poder o potestad, el dominio o propiedad, la legitimidad y la licitud de la guerra. Son elementos que “se convierten en la columna vertebral de las dos largas disertaciones sobre el problema indiano”.³²

Otra cuestión que acerca a Vitoria al derecho internacional clásico sería su intento teórico de determinar los delitos contra el derecho de gentes (sacrificios humanos, antropofagia), concretando la competencia para su represión, si cualquier nación civilizada o sólo la nación en cuyo territorio se hayan cometido.³³ Su conclusión es que no hay autoridad ni legitimidad punitiva más allá del poder legítimo de cada pueblo o nación. Esto se aleja del concepto de jurisdicción universal que se acuñó en el siglo XX; sin embargo en el fondo, la actual práctica de los Estados asume esos postulados.

De igual forma sucede con la cesión voluntaria de soberanía de los pueblos que, aun admitiéndola, señala que para admitirla como causa legítima debe estar libre de presión, miedo o ignorancia.³⁴ Esto se asemeja mucho a la doctrina de Naciones Unidas sobre la descolonización.

³¹ Maldonado Simán, B., *op. cit.*, p. 699.

³² Rodríguez Molinero, M., *op. cit.*, p. 58.

³³ *Ibidem*, p. 64.

³⁴ *Ibidem*, p. 65.

IV. EL *TOTUS ORBIS* Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, COMO CENTRO NEURÁLGICO DEL PENSAMIENTO VITORIANO

Francisco de Vitoria considera que el *jus intergentes* es el derecho del *totus orbis*, que es una comunidad universal de todos los pueblos políticamente organizados. Esta unión era un vínculo natural que podía personalizarse en lo que ahora se conoce como humanidad.

La conceptualización de “humanidad” permite a Vitoria escapar del contrato social (aceptación de individuos para formar parte de una comunidad política) y el concepto del Imperio (la apropiación por un príncipe de territorios, donde el vasallaje se impone por la fuerza). El emperador no tenía el *dominus orbis*. Por lo tanto, el derecho de conquista era una ley obsoleta, prevaleciendo los derechos de los indios.

La humanidad, en el pensamiento de Vitoria, existe antes que las comunidades políticas y supone una *res publica pars totus orbis*. Incluso, en su “*De civile potestate*”, Vitoria concibió el *totus orbis* como un derecho universal de la humanidad, concebido por la ley natural, de la cual la comunidad universal recibe su autoridad.

Como reconoce Aloé, el concepto de *totus orbis* fue la gran novedad legal introducida por Vitoria. Discursivamente, legitimó la autoridad de los españoles en América según una “ley de naciones”. Esta ley no existía antes, y fue concebida a la sombra del pensamiento tomista. Con este criterio legalista, “Vitoria puso la base de una de las instancias de «modernidad», necesaria para canonizar reglas claras y vinculantes entre los reinos en expansión”.³⁵

Vitoria no tenía idea de *orbis christianus*, sino de *totus orbis*. Él construyó el concepto de soberanía más allá del mundo cristiano.³⁶ *Totus orbis* no es un gobierno universal. Vitoria consideraba la idea de una sociabilidad natural de la humanidad, acompañada de la existencia de relaciones entre comunidades con vínculos jurídicos.³⁷ El *totus orbis* es una sociedad de comunidades y de individuos. Esto nos aleja sustancialmente del derecho internacional

³⁵ Aloé, V. D., *Europeos y americanos, conflictos y armonías. La historia de “occidente”, la crisis de la contemporaneidad y la “cuestión argentina”*, Buenos Aires, Dunken, 2015, p. 2.

³⁶ Rommen, H. A., *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Derecho Internacional, 1951.

³⁷ Lewkowicz, N., “The Spanish School as a Forerunner to the English School of International Relations”, *Estudios Humanísticos. Historia*, núm. 6, 2007, pp. 85-96.

cásico que se construyó los cuatro siglos siguientes a la vida de Vitoria, basándose en la yuxtaposición de Estados. No era, pues, lo que había ideado Vitoria. Como señala Zaballa: “La novedad histórica del pensamiento de Vitoria radica en su concepción del Derecho Internacional como un conjunto de normas jurídicas *en interés de la humanidad*, y no, como hasta entonces se entendía, en interés de los Estados que las adoptaban”.³⁸

Vitoria postuló la existencia de un orden objetivo universal. Este orden rige la realidad fáctica y se rige por la organización social sobre estrictos principios naturales.

Una cuestión que Vitoria nunca pudo aclarar fue el requisito de una autoridad gubernamental para guiar a la sociedad. En el marco del Estado, la autoridad gubernamental podría ser un emperador o un príncipe. Sin embargo, a nivel universal la autoridad gubernamental no se planteó. Como Rojano Esquivel ha señalado “La causa final del estado es un simple medio para remediar la miseria humana. Esa *miseria hominum* es la base remota del Estado y la razón por la cual los hombres deben asociarse para la ayuda mutua. El fin del Estado es, por lo tanto, la comunidad para la prestación de servicios, *mutua officia*”.³⁹

Esta idea de la autoridad gubernamental universal complica aún más el pensamiento de Vitoria, en el sentido de que la identificación de una autoridad mundial es más difícil. Vitoria resuelve esta identificación considerando que el Estado debe cooperar con otros Estados para lograr el *bonum totus orbis*, es decir, el orden jurídico de la humanidad, en el cual los Estados están obligados, como las personas, a respetar el bien común.⁴⁰ La comunidad global, a través de la cooperación entre los Estados, es lo que ordena las reglas (*totus orbis habet potestatem ferendi leges*).⁴¹ Entre esas reglas puede haber

³⁸ Zaballa, L., *op. cit.*, p. 2.

³⁹ Rojano Esquivel, J. C., “Del *totus orbis* al *ordo orbis*. El pensamiento internacionalista de Francisco de Vitoria”, en García Flores, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, p. 164, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3540/11.pdf>.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 165.

⁴¹ “*Totus orbis, qui aliquo modo est una Respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in Iure Gentium... Neque licet uni regno teneri Iure Gentium; est enim latum totius Orbis auctoritate*”; Francisco de Vitoria, *De potestate civil*. Citado por Cruz Cruz, J., “Vitoria y el fundamento del derecho internacional”, *Ley Natural*, 15 de marzo de 2020, nota 51, disponible en: http://www.leynatural.es/2020/03/15/vitoria-y-el-fundamento-del-derecho-internacional/#_ftn51.

una transferencia de soberanía a una autoridad externa (que podrían ser las organizaciones internacionales actuales).

Ahora bien, como había ideado Vitoria, el procedimiento para la adopción de normas internacionales sería el consenso. Él consideraba que debían elaborarse por “el consenso de la mayor parte de todo el orbe”.⁴² Esto no ha sido lo que ha imperado en el derecho internacional clásico, sino más bien todo lo contrario. De hecho, Vitoria consideraba que “si... la mayoría de los hombres estableciese que los embajadores fueran inviolables»... «o que el mar fuese común», esto tendría «fuerza de ley», aun con la oposición de los demás”.⁴³

Vitoria consideraba a la comunidad política como no contractualista (no depende de la disposición de los sujetos), porque no hay una mera creación humana, sino una necesidad natural, creada por Dios, que da un canal al poder político.⁴⁴

En la actualidad, el derecho internacional puede considerarse desde una perspectiva voluntaria o desde una perspectiva objetiva.⁴⁵ En cualquier caso, el derecho internacional clásico no puede entenderse sin tener en cuenta la voluntad de los Estados, tanto en su elaboración como en su aplicación. En este sentido, podríamos considerar que el pensamiento de Vitoria estaría de acuerdo sólo en parte con el derecho internacional clásico. Por esta razón,

...los puntos de contacto con algunos de los conceptos evocados en el Pacto de la Sociedad de Naciones, como el arbitraje o la «guerra justa», promovieron no solo reclamar la figura y el trabajo de Vitoria, además de otros tales como F. Suárez, A. Soto y Gabriel Vázquez, sino también «revivir en un entorno moderno» esas doctrinas.⁴⁶

⁴² Vitoria, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 134.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Rojano Esquivel, J. C., *op. cit.*, p. 173.

⁴⁵ Jiménez García, F., “El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010, pp. 129-140.

⁴⁶ Neila Hernández, J. L., “España y la Sociedad de Naciones: Un tránsito historiográfico inacabado”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. extraordinario, 2003, p. 54.

Miaja de la Muela ha estudiado las ideas de Vitoria sobre el Estado y la comunidad internacional,⁴⁷ y concluyó que la idea del *ius humanae societatis*, en el pensamiento de Vitoria llamado *totus orbis*, tiene fundamento en el concepto de Cicerone *societas hominum*. Salvador de Madariaga,⁴⁸ Rafael Altamira⁴⁹ e, incluso, Fernando de los Ríos criticaron los aspectos religiosos responsables de siglos de la monolítica sociedad española, salvo a Vitoria y los juristas-teólogos de Salamanca, por ser pioneros en la causa de la comunidad internacional.⁵⁰

Por tanto, Francisco de Vitoria planteó una doctrina internacionalista que no fue luego la que se desarrollaría durante los primeros siglos que le siguieron. Como ha reconocido Zaballa:

Si, por ejemplo, varios Estados suscribiesen un tratado para la defensa común, el tratado entraría a formar parte del derecho internacional, ya que sus fines serían acordes al principio de paz y seguridad internacionales, y, por tanto, al interés general de la humanidad. Pero si el tratado tuviera como fin la agresión a otros países, carecería por completo de validez jurídica al contravenir el principio de paz y seguridad internacionales, esencial al interés general de la humanidad.⁵¹

V. FRANCISCO DE VITORIA *VERSUS* HUGO GROCIO

Una parte de la doctrina europea, sobre todo la anglosajona, y, por ende, la internacional han ignorado durante mucho tiempo las aportaciones de Francisco de Vitoria y han otorgado la paternidad del derecho internacional a Hugo Grocio. ¿Puede esta ignorancia justificar la paternidad putativa o tienen razón esa doctrina europea y, por extensión, la internacional?

⁴⁷ Miaja de la Muela, A., “El derecho «totus orbis» en el pensamiento de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 1965, pp. 341-364.

⁴⁸ Egido, Ma. A., “Madariaga reivindicador de la figura de Vitoria como fundador del derecho internacional”, en Ayuntamiento de la Coruña, *S. de Madariaga: exposición. Libro homenaje*, La Coruña, Imprenta Mundo, 1987, p. 108.

⁴⁹ Gómez, F., “Historicidad, juridicidad y para-literatura: en torno a Francisco de Vitoria (1486-1546)”, *Anuario de Estudios Americanos*, t. LIX, núm. 2, 2002, p. 420.

⁵⁰ Giner de los Ríos, F., “Religión y Estado en la España del siglo XVI”, *Obras completas*, Madrid, Anthropos-Fundación Caja de Madrid, 1997, vol. II, p. 484.

⁵¹ Zaballa, L., *op. cit.*, p. 3.

Un elemento que no habría que olvidar porque quizá sea relevante desde el punto de vista sociológico-jurídico, es que las “*Relecciones*, por ejemplo, no se tradujeron del latín al español hasta 1925, lo que contrasta con el tratamiento de la obra de Grocio, publicada en diversas lenguas europeas a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX”.⁵²

Hugo Grocio nació en Delft, Países Bajos, en 1583 (murió en Rostock, Alemania, en 1645); por tanto, fue muy posterior a Francisco de Vitoria. No conoció la Paz de Westfalia (tratados de Osnabrück y Münster, del 24 de octubre de 1648), por el que se reconoce la independencia foral de las Provincias Unidas (Países Bajos), lo cual le hace haber sido siempre súbdito del imperio español, aunque defensor de la independencia de las Provincias Unidas.

Nadie puede discutirle a Hugo Grocio su dimensión humanística y su saber enciclopédico, así como, su vertiente jurídica, sobre todo en el campo de la racionalización del derecho natural y en la elaboración de un código sobre la esclavitud y las reglas de la guerra (*De iure belli ac pacis*, 1625). Sin embargo, eso no significa que fuera el padre del derecho internacional, porque se daría “la paradoja de que el pensador original de una de las construcciones fundamentales del mundo moderno es catalogado como un antecesor remoto de la idea, mientras que un estrecho seguidor suyo es encumbrado como pionero intelectual de la Modernidad”.⁵³

Hugo Grocio, además, cometió el error de considerar al *ius gentium* como un derecho civil amplio.⁵⁴ El confundió las instituciones y mezcló las de derecho privado con las de derecho público. Ello, por supuesto, no es ningún demérito para este gran jurista, cuya aportación al derecho internacional es tan reconocida,⁵⁵ cuya obra *De iure belli ac pacis*, en palabras de Hont, lo acercó a la modernidad.⁵⁶

Ahora bien, no está exento de críticas. En este sentido, Roca Tocco dice lo siguiente respecto de él:

⁵² *Ibidem*, p. 4.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Grocio, H., *Prolegómenos*, libro I, cap. XVII, p. 78, párrafo 2.

⁵⁵ Véanse al respecto la obra de Ago, R., “Le droit international dans la conception de Grotius”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983, pp. 375-298, y la de Truyol y Serra, A., “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit de gens”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983, pp. 431-450.

⁵⁶ Hont, I., *Jealousy of Trade: International Competition and the Nation-State in Historical Perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 390. Hont también señala a Pufendorf y a Locke, junto a Grotius, como modernizadores del derecho internacional.

Hugo Grocio, de estudio y actuación precoces, llevó una vida agitada en que conoció desde la cárcel y el exilio hasta la actuación diplomática. Se le ha presentado como el creador del Derecho Natural y del derecho internacional, pero, apunta Touchard, “no creó ni uno ni lo otro”. Su obra se vincula estrechamente por la forma y el fondo, con la tradición escolástica; es una obra de transición entre el derecho natural metafísico y el derecho natural racionalista.⁵⁷

Hugo Grocio, lejos de ser un filósofo abstracto, se ha mostrado desde sus primeras obras como un burgués holandés muy consciente de los intereses comerciales de su país. Así, en *De Iure Praede* (1604) justifica la captura de un buque portugués por otra de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y en *Mare Liberum* demuestra el derecho holandés a navegar hacia las Indias y a comerciar con los indígenas.⁵⁸ En *De Iure Belli*, Grocio no piensa en la supresión de la guerra, sino en su legalización y, en definitiva, para su concepción, “el Derecho de Gentes” es sólo un aspecto del “Derecho Natural”.⁵⁹

Desde luego, de lo que ya no queda ninguna duda es que Hugo Grocio no sólo conoció los escritos de los escolásticos españoles, sino que también se dejó influenciar por ellos.⁶⁰

En el análisis de una obra inédita de Grocio, el profesor Borschberg, haciendo referencia a escritos de Cayetano, Covarrubias, Silvestre Mazzolini, Soto y Vitoria, señala que “De las anotaciones que se pueden encontrar en el legajo Ms. Cod. B.P.L. 922 se deduce que Grocio conocía a todos estos autores y escritos del siglo XVI de primera mano”.⁶¹

⁵⁷ Sobre el pensamiento de Touchard, véase Touchard, J., *Histoire des idées politiques*, París, Presses Universitaires de France, 2006.

⁵⁸ A esta teoría del *Mare Liberum* (1609), que Grocio utiliza para contrarrestar las pretensiones hispanoportuguesas, se opone el inglés John Selden (*Mare Clausum*, 1635). Véase una edición reciente del libro de Grocio, con los textos originales en latín, traducidos al inglés, al cuidado de Feenstra, R., *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009*, Leyden, Martinus Nihjofft, 2009.

⁵⁹ Roca Tocco, C. A., *op. cit.*, pp. 15 y 16, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>.

⁶⁰ Sobre el influjo de los salmantinos en Grocio, con carácter general, véanse Brown Scott, J., “El descubrimiento de América y su influjo en el derecho internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 13, núm. 50, 1930, pp. 5-38; Carro, V. Diego, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 2a. ed., Salamanca, Biblioteca de Teólogos Españoles, 1944, pp. 301 y ss. Sobre la influencia en particular de Suárez en la obra de Grocio, puede consultarse Edwards, C. S., *Hugo Grotius. The Miracle of Holland*, Chicago, Nelson Hall, 1981, pp. 148 y ss.

⁶¹ Borschberg, P., “*De Societate Publica Cum Infidelibus (Una obra juvenil de Hugo Grocio)*”, *Revista de estudios políticos*, nueva época, núm. 83, enero-marzo de 1994, p. 123.

En relación con Francisco de Vitoria, las referencias que utiliza en esa obra analizada por el profesor Borschberg

Consisten en algunas palabras, la abreviación *Vict.* y los números de páginas 368 y 370. Si se valora esta referencia en relación a la que se encuentra en el folio 285v y a las que se encuentran en el *Commentarius in Theses XI*, se desprende que Grocio se refiere a la edición de las *Relectiones Theologicae XII* publicada en Lyon en 1557.⁶²

Quizá, la justificación de que Grocio no citara demasiado a los salmantiños la da, una vez más, el profesor Borschberg, cuando asegura que

Como explicación a esta no reconocida recepción de ideas y conceptos en un hombre como Grocio, que por lo demás le gustaba citar y dar referencias, se suele decir con frecuencia que Grocio quiso deliberadamente esconder la influencia de Suárez, y de otros autores católicos, sobre sí mismo para cubrirse de las posibles críticas por parte de sus acérrimos enemigos.⁶³

En el fondo, en Hugo Grocio predomina la idea de que todo lo que procede de la naturaleza es una herencia común de la humanidad. Por eso:

...de esta afirmación deducirá Grocio —de manera similar a Vitoria en su *Relectio de Indis Insularis* y en *De Iure Belli*— que todos los hombres y los pueblos libres, sean cristianos o no, pueden cultivar relaciones unos con otros, sin ningún impedimento, y que, consiguientemente, pueden también tener relaciones comerciales.⁶⁴

Por tanto, parece exagerada la consideración de paternidad del derecho internacional que se le da a Grocio. Por ejemplo, Vreeland le presenta en una biografía como el padre de la moderna ciencia del derecho internacional⁶⁵

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibidem*, p. 124.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 127.

⁶⁵ Vreeland, H., *Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1917.

y, sin embargo, ya he indicado cuánto bebió de los clásicos de esa mal llamada Segunda Escolástica, incluso de otros precursores anglosajones.⁶⁶ Por supuesto, sus aportaciones al derecho internacional⁶⁷ han sido muy estimables.

Lo que sí suele atribuirse a Grocio es que fue el desteologizador del derecho internacional, que consideró la práctica de los Estados como fuente del derecho internacional y la voluntad como el fundamento de validez,⁶⁸ aunque este enfoque positivista no empaña para nada su visión naturalista del derecho internacional, que sigue conservando. En este sentido, Koskenniemi señala que “Grocio adaptó el vocabulario del derecho natural desarrollado por la Escuela de Salamanca y sus sucesores, en especial Vázquez (de Menchaca), en una teoría secular de sociabilidad que se refiere de nuevo a lo que Dios había inscrito en el corazón de todo ser humano”.⁶⁹

A pesar de esto, el profesor Borschberg, en su concienzudo análisis de una obra primeriza de Grocio, considera que “no puede hablarse de una secularización de su pensamiento. Su amplia acomodación a la voluntad divina está todavía muy alejada del *etiamsi daremus Deum non esse*”.⁷⁰

Esa secularización del derecho internacional está también presente en la obra de Vitoria y, en mi opinión, de forma más clara. Ya he comentado que Vitoria distingue plenamente entre la sociedad civil y la sociedad eclesiástica, por lo que admite los derechos colectivos de los indígenas, aunque sean creyentes de otras religiones, el derecho del comercio y el derecho

⁶⁶ Véase, al respecto, Simmonds, K. R., “Some English Precursors of Hugo Grotius”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 43, 1957, pp. 143-157.

⁶⁷ Respecto al derecho del mar, véase Pauw, F., *Grotius and the Law of the Sea*, trad. de P. J. Arthern, Bruselas, Editions de l’Institut de Sociologie, 1965. Con relación a la doctrina de la guerra justa, véase Hagenmacher, P., *Hugo Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París, Presses Universitaires de France, 1983, u Onuma, Y. (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁶⁸ Herdegen, M., *derecho internacional público*, México, UNAM, 2005, p. 17.

⁶⁹ Koskenniemi, M., “International Community from Dante to Vattel”, *Vattel’s International Law in a XXI Century Perspective*, Ginebra, Institut de Haute Études Internationales, The Graduate Institute, 2008, p. 15, disponible en: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKINTERNATIONAL%20COMMUNITY-08i.pdf>. El texto original es “Grotius adapted the natural law vocabulary developed by the Salamanca School and its successors, especially Vázquez, into a secular theory of sociability that referred back to what God had inscribed in the heart of every human being”.

⁷⁰ Borschberg, P., *op. cit.*, p. 136.

a la soberanía, sin interferencias de ninguna autoridad religiosa o civil.⁷¹ Francisco de Vitoria «seculariza» la comunidad internacional en la medida en que Santo Tomás «seculariza» la comunidad política y en general el pensamiento, al admitir una filosofía distinta de la teología.⁷²

Es más, Vitoria desprende de la doctrina clásica del derecho natural “los principios que harían posible su aplicación al nuevo orden de cosas determinado por la presencia de una pluralidad de Estados soberanos”.⁷³

Todo esto era conocido por Grocio. No hay que olvidar que, según cuenta el padre Luis Alonso Getino, hay hasta treinta y seis páginas de textos paralelos de Vitoria y Grocio, donde Vitoria es citado hasta en trece ocasiones en *Mare Liberum*, y una cincuentena de ocasiones en *De iure predae* y en *De iure belli et pacis*.⁷⁴ Alonso considera que Francisco de Vitoria “no sólo ha sido precursor sino en buena parte inspirador de Hugo Grocio”.⁷⁵

Claro que hay diferencias evidentes. Mientras, como ya he señalado, Vitoria consideraba como un bien común a los mares, los ríos o los puertos, Grocio, quien compartía esta opinión de la inapropiabilidad de estos bienes (sobre todo el mar), defendía que “el conflicto con los «hispanos» giraba en torno a la cuestión de determinar si «el acceso a un mar tan inmenso e interminable puede pertenecer solamente a un reino, aunque sea el más poderoso» y si «a alguien se le permite obstaculizar a otros el comerciar o tener comunicación justa entre ellos»”.⁷⁶

La tesis de Vitoria de fundamentar la existencia de la ley en la razón es apoyada por Hugo Grocio, pero no participa de su fundamentación en la ley eterna, sino en la razón natural, lo que le lleva a Grocio a señalar que su teoría tendrá validez “incluso si admitiéramos —cosa que no puede ser

⁷¹ Beltrán de Heredia y Ruiz de Alegría, V., *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por L. Pereña Vicente y J. M. Pérez Prendes, Madrid, C. S. I. C., 1967, p. XXV.

⁷² Truyol y Serra, A., *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, t. II: *Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 2007, p. 86.

⁷³ Vallet de Goytisolo, J. B., *op. cit.*, p. 78.

⁷⁴ Alonso Getino, L. G., *Relecciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria*, Madrid, Imprenta La Rafa, 1935, pp. 36 y ss.

⁷⁵ Urdanoz, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, *Relectio de Indis, del Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid, C.S.I.C., 1967, p. XLVII.

⁷⁶ Gelderen, M. van, “«Mare Liberum»: Hugo Grocio entre la defensa del colonialismo y los derechos de «otros»”, *Pedralbes*, núm. 28, 2009, pp. 195-212.

admitida sino con gran maldad— que Dios no existe o que los asuntos del hombre no le incumben”.⁷⁷

Sin embargo, en mi opinión, esto no resta valor a la visión que se trasluce del pensamiento moderno de Grocio respecto a los escolásticos, y ese valor es quizá, lo que debería impedir también atribuir la paternidad del derecho internacional a algunos de los salmantinos, como se viene haciendo en la literatura hispana.⁷⁸ Tal vez, quien más razón tenga sea, una vez más, el profesor Truyol y Serra, cuando considera tanto a Vitoria como a Grocio cofundadores del derecho internacional.⁷⁹

VI. ¿SIRVE EL PENSAMIENTO VITORIANO PARA FUNDAMENTAR EL NUEVO ORDEN JURÍDICO GLOBAL?

Podríamos preguntarnos, con respecto a todo lo visto hasta ahora, ¿qué tiene que ver el planteamiento de Francisco de Vitoria con el orden mundial actual?, ¿acaso la regulación de la sociedad internacional en el siglo XVI se asemeja a la actual?, ¿su pensamiento se dirigía a lo que luego se desarrolló o los acontecimientos no se acomodaron al pensamiento vitoriano? Si no creyera que tiene mucho que ver con las posibles respuestas, no me habría interesado recurrir a estos viejos problemas históricos.

Ahora que estamos inmersos en una globalización sin precedentes, con consecuencias en un mundo jurídico fragmentado, incluso, en muchas ocasiones, carente de regulación, es cuando se podría comprender que, en realidad, el orden internacional que nos ha estado sirviendo no era el orden internacional ideado por Francisco de Vitoria o, mejor dicho, la comunidad internacional en la que pensaba Francisco de Vitoria se asemeja mucho más a la actual que la sociedad internacional que se desarrolló desde sus postulados.

En realidad, Vitoria estaba pensando en un orden jurídico global; es decir, en la regulación de los intereses generales de una comunidad interna-

⁷⁷ *Ibidem*, p. 201.

⁷⁸ Barcia Trelles, C., *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Valladolid, Cuesta-Universidad de Valladolid, 1928; Hinojoso y Naveros, E., “Los precursores de Grocio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 6, 1929, pp. 220-236.

⁷⁹ Truyol y Serra, A., “Francisco de Vitoria y Hugo Grocio: cofundadores del derecho internacional”, *Ciencia Tomista*, vol. 111, 1984, pp. 17-27.

cional integrada, y no de los intereses comunes de los Estados, que ha sido la esencia de la regulación jurídica internacional durante los últimos siglos. En nuestros días, hay cambios significativos en todos los paradigmas, desde los actores, los procedimientos de la toma de decisiones, la responsabilidad internacional, etcétera.

Esto nos pone sobre las cuerdas. Estamos ante un orden que ha sido válido para regular las relaciones entre Estados soberanos, donde se han permitido espacios que se han ido introduciendo en todos sus paradigmas: sujetos, fuentes, aplicación, responsabilidad internacional, funciones. Sin embargo, ese traje está a punto de estallar, porque no es capaz de dar cabida a todos los nuevos parámetros que ha traído la globalización y, por lo tanto, el derecho global (al que ha evolucionado el derecho internacional clásico) tiene dificultades para adaptarse a unas reglas obsoletas.

Hoy en día, hay pocos temas, antes reducidos al puro derecho interno, que escapen de la globalización. Incluso, los notarios, los registradores, los procesalistas, los penalistas, los civilistas, todos se ven envueltos en una dimensión internacional de la que antes carecían. Eso muestra que todo se ha globalizado. Todo debe tenerse en cuenta para la resolución de una situación dada. Además el derecho internacional da algunas coordenadas, como la existencia o no de acuerdos internacionales, los procedimientos establecidos, las normas generales de interpretación, etcétera. Pero no siempre puede dar respuesta a todos los problemas creados.

¿Qué es lo que ha sucedido para crear estas dificultades? Que la desterrización, la aceleración y la fusión de las relaciones sociales han cambiado radicalmente el objeto que, incluso, se crean instituciones paraestatales que regulan dichas relaciones sociales, a veces sin legitimidad alguna. Parecen cuestiones sumamente nuevas, pero vienen desarrollándose desde hace algún tiempo.⁸⁰

Hoy en día, hablamos en verdad de diplomacias paralelas a las tradicionales diplomacias políticas de los Estados, como la diplomacia parlamentaria, la científica, la cultural, la deportiva. Hay que ser consciente de la importancia de estos nuevos actores que permiten, por ejemplo, establecer cauces de conducta o procedimientos alternativos a los tradicionales.

⁸⁰ Levitt, T., "The Globalization of Markets", *Harvard Business Review*, vol. 61, mayo-junio de 1983, pp. 92-102.

Si los fiscales generales de los Estados, por ejemplo, se reúnen y toman decisiones sobre procedimientos o asuntos antes reservados a los ministerios de asuntos exteriores, es verdad que no crean normas, pero sí pautas de conducta que tendrán sus consecuencias. Igualmente, esto ocurre cuando se formalizan reuniones de presidentes de tribunales constitucionales, incluso de tribunales supremos, etcétera.

No digamos si lo que se produce son reuniones informales de jefes de Estado y de gobierno, en grupos sin legitimidad alguna que toman decisiones que afectan a los ciudadanos, sin que hayan intervenido los canales legítimos de decisión.

¿Estamos ante un nuevo orden mundial?, ¿qué relevancia tiene Francisco de Vitoria en este nuevo orden mundial?

No voy a negar las respuestas a ninguna de las dos preguntas. Lo que sí niego es que, si bien Vitoria tenía en mente este orden, lo tenía, desde luego, como un instrumento regulador y legitimador de una comunidad internacional organizada, no caótica o multipolarizadas y mediante cauces de positivación formal.

El fenómeno, por tanto, lo conocemos, sabemos que es multifacético, que entre sus causas recoge al acelerado cambio tecnológico, la multiplicación de la actividad económica transfronteriza y la miríada de instrumentos con el objetivo de liberalizar las políticas económicas a nivel estatal, regional y mundial; y que abarca y va más allá de lo económico, de lo político y de lo cultural.⁸¹

En efecto, multitud de actividades humanas tienen lugar hoy en espacios que han trascendido al espacio meramente físico, superando todo tipo de límites geográficos, ya sean naturales o jurídicos, siendo irrelevante el lugar en el que se hallan quienes participan en esa relación social y quienes resultan por ella influenciados. Por lo tanto, la escala del Estado-nación deviene insuficiente para la comprensión de buena parte de los fenómenos sociales, incluidos los jurídicos.⁸²

Pero tenemos necesidad de disponer de un orden coactivo para poder organizar las relaciones jurídicas que se están creando a nivel global o planeta-

⁸¹ Jiménez Alemán, Á. Aday “Derecho global”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre de 2016–marzo de 2017, p. 238.

⁸² *Ibidem*, p. 239.

rio y que han desconfigurado el orden jurídico conocido. Ya no es suficiente el ordenamiento jurídico estatal o inter estatal, nacional o internacional. ¿Qué derecho se aplica a una compraventa producida en el marco global de Internet, cuyo pacto se ha producido en una máquina establecida en Países Bajos, que compra a una empresa británica que produce su material en China, que envía su producto por barco en contenedores coreanos y se distribuye en España?

Francisco de Vitoria da algunas coordenadas. Su concepto de guerra justa, su derecho de comercio y su concepto de *totus orbis* son elementos que sirven para explicar el orden jurídico global actual, mucho más que el orden jurídico que ha venido desarrollando el derecho internacional clásico.

¿Quién está regulando hoy en día el mercado digital? Esto no sólo ocurre con el mercado digital, sino también con el derecho de patentes, con las nuevas normas establecidas por sujetos no estatales ni legitimados para ello, o con la puesta en el mercado de *bitcoins*, sin controles estatales o bancarios rigurosos, si es que los de los bancos centrales lo son.

Igualmente, se está produciendo en relación con la propia administración de justicia. Los Estados han tardado docenas de años en establecer algunos tribunales de justicia a nivel internacional y, con muchas dificultades, podemos hablar de una docena de ellos. Ya Vitoria hablaba de arbitraje, de resolución pacífica de controversias, aunque hoy en día la proliferación de arbitrajes que permiten sustraerse de las normas estatales o, aun peor, que perviertan esas normas están desarrollando un derecho interesado, incluso contra los propios intereses de los Estados en cuestión, favoreciendo intereses particulares de grandes empresas o mercados.

Esto hace que los parámetros o los paradigmas del derecho internacional clásico estén en tela de juicio. Ya ni siquiera se tienen en cuenta las normas reguladoras de los órganos legitimados para ello, sino las normas particulares de intereses poco o nada generales. Incluso tampoco, la vieja *lex mercatoria*, que tanto justificó Vitoria, tiene nada que ver con las actuales *leges mercatoriae*.

En definitiva, lo que está ocurriendo es que

La validez del orden jurídico sigue descansando en el poder del Estado, pero tanto el orden jurídico como el poder superan progresivamente sus límites estrictos. Por ello, ya no nos sorprende que buena parte de la creación del Derecho provenga hoy

de ámbitos no estatales, enfrentándose de forma directa a la articulación estatal de la creación del derecho, distribuida entre funciones legislativa, judicial y ejecutiva, y aún más importante, a su fundamentación democrática.⁸³

Vitoria en el siglo XVI era muy crítico con el poder de la Iglesia y del príncipe, y hoy lo podría ser perfectamente con el poder de las multinacionales o las bolsas.

Ahora bien, las circunstancias actuales del sistema imperante de una sociedad internacional que cada día necesita más comunidad, la erosión de la soberanía, la fragilidad de los Estados para enfrentar los grandes desafíos de los riesgos y amenazas para la seguridad humana y la existencia de intereses difusos implican cambios fundamentales en relación con los precedentes del derecho internacional clásico, del cual Vitoria era el aparente padre putativo.

En este sentido, Ziccardi señala que “estos cambios plantean la cuestión de si el nacimiento de la comunidad universal dio lugar a un nuevo conjunto de normas internacionales, y si estas normas equivalen a un sistema lo suficientemente coherente como para llamarse «Derecho Global»”.⁸⁴ Ziccardi se pregunta si este nuevo derecho es diferente del derecho internacional clásico.

Este planteamiento nos sirve para saber si la fundamentación del derecho global y la fundamentación del *ius gentium* vitoriano son la misma. Rafael Domingo Oslé, en este sentido, ha afirmado que el fundamento del derecho global es la persona como origen del derecho, y no el Estado, y ello requiere la reformulación del derecho internacional clásico con la creación de un *ius novum universale*.⁸⁵ Los principios jurídicos que inspiran al derecho global, centrado siempre en la noción de persona, según Domingo Oslé, serían los principios de justicia, de racionalidad, de coerción, de universalidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de horizontalidad.⁸⁶

Parece que este planteamiento del derecho global, sea porque pone a la persona en su centro, sea porque pone los intereses generales de la comunidad internacional en su centro, se asemeja a la comunidad universal de

⁸³ *Ibidem*, pp. 241 y 242.

⁸⁴ Ziccardi Capaldo, G., *The Pillars of Global Law*, Hamsphire, Ashgate, 2008, p. 3.

⁸⁵ Domingo Oslé, R., *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 183-212.

Vitoria, es decir, al *totus orbis*. ¿Es este derecho global el *ius gentium* en el que se inspiró Vitoria?

VII. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL MÁS CERCA DEL *TOTUS ORBIS* QUE LOS EXISTENTES EN EL SIGLO XVI

Como es bien sabido entre los especialistas, la primera mención del término “derecho internacional” fue en el libro de Jeremy Bentham *Una introducción a los principios de la moral y la legislación*. Sin embargo, su reclamo no era teorizar sobre el derecho internacional. Todo su trabajo está dirigido a las teorías generales del derecho interno inglés.⁸⁷ Por lo tanto, el concepto de derecho internacional emerge en el trabajo de Bentham tangencialmente, cuando al final del capítulo de los principios se interesa por la definición de la jurisprudencia. Habla de las cualidades políticas de la ley, que incluyen al derecho internacional en contraste con la ley nacional. Eso no significa que analice cuestiones sustantivas del derecho internacional, como su concepto o su propia codificación.⁸⁸

Las cualidades políticas de Bentham significan una revolución terminológica, porque, a pesar de que la doctrina había aceptado hasta ahora el término “ley de las naciones” para referirse al derecho de la comunidad internacional, Bentham lo había utilizado en contraposición a la ley nacional.

En este sentido, es importante no olvidar que, en el concepto anglosajón, el término “nación” es sinónimo de Estado. Según su opinión, el derecho internacional es probablemente un término apropiado para el concepto de derecho internacional. Sin embargo, desde su inicio, la doctrina ha sido polémica y, aun hoy, sigue siendo tema de discusión científica. Incluso, se puede decir que la antigua expresión romana se utiliza como sinónimo de

⁸⁷ Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburg, William Tait, 1843, (reimpreso en Nueva York, 1962). Sobre su pensamiento, ver Manning, D. J., *The Mind of Jeremy Bentham*, Londres, Longmans, 1968.

⁸⁸ Jacobini, H. B., “Some Observations Concerning Jeremy Bentham’s Concepts of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, pp. 415-417; Cazala, J., “Jeremy Bentham et le droit international”, *Revue Générale de droit International Public*, vol. 109, 2005, pp. 363-388.

derecho internacional en numerosas ocasiones. También lo son términos como *law of nations*,⁸⁹ derecho de gentes,⁹⁰ *droit de gens*,⁹¹ *diritto delle genti*,⁹² *direito das gentes*,⁹³ *drets de gens*,⁹⁴ *dreptul ginșilor*,⁹⁵ etcétera, en muchas monografías escritas hoy. Inclusive muchos idiomas representan traducciones literales de *ius gentium*, como el alemán *völkerrecht*⁹⁶ y otras lenguas nórdicas, como *volckernrecht*,⁹⁷ *folfratten*.⁹⁸

Existe pues, una falta de reconocimiento en la expresión, porque hoy en día no se puede decir que el derecho internacional sólo regule las relaciones entre Estados soberanos. Hay otras realidades jurídicas en el campo de las relaciones internacionales, como son las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, la personalidad jurídica incipiente del individuo, los pueblos, e incluso la humanidad en su conjunto. Además, en el campo de las normas jurídicas, tenemos el desarrollo de normas singulares de diferentes significados, como las obligaciones *erga omnes* o las

⁸⁹ Incluso hoy en día, todavía se utiliza esta expresión, véase Weiner, Allen S. y Neff, St., “War and the Law of Nations: A General History”, *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 1, 2007,.

⁹⁰ Rawls, J., *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. De Hernando Valencia Villa Madrid, Paidós, 2001; Arenal, C., *Ensayo sobre el derecho de gentes*, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ensayo-sobre-el-derecho-de-gentes--0/>.

⁹¹ Truyol, y Serra, A., “Doctrines contemporaines de droit des gens”, *Revue Générale de droit International Public*, núm. 3, 1950; Dorigny, M. y Tlili Sellaouti, R. (dirs.), *droit des gens et relations entre les peuples dans l'espace méditerranéen autour de la Révolution française*, París, SER, 2006.

⁹² Frank, M., *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile (ad usum scholarium)*, Turín, Giappichelli, 2006.

⁹³ Almeida Diniz, A. J., *Subdesenvolvimento e direito das gentes*, Belo Horizonte (Brasil), Universidade de Minas Gerais, 1977.

⁹⁴ Benhabib, S., “El dret de gentes, la justícia distributiva i les migracions”, *Enrahonar*, núm. 43, 2009, pp. 153-180.

⁹⁵ Esta expresión rumana aparece en los diccionarios como sinónimo de derecho internacional e, incluso, en normas jurídicas, como la Ley 674/1925 (*Monitorul Oficial nr. 79/8.04.1925*, art. II-8-A).

⁹⁶ Thürer, D., *Völkerrecht als Fortschritt und Chance, Grundidee Gerechtigkeit Band 2*, Baden-Baden (Alemania), Nomos Verlagsgesellschaft mbH y Co. KG, 2009.

⁹⁷ Bogaert, E. R. C., *Volkenrecht*, Antwerpen (Países Bajos), Kluwer, 1982.

⁹⁸ Eek, H., *Folkraätten, Staternas och de mellanstatliga organisationernas rättsordning*, P. A. Norstedt (Estocolmo), 1968 p. Más recientemente, referido al DIH, véase Ahlström, Chr., *Gulfriget och den humanitära folkraätten*, Estocolmo, Folkkrättsdelegationen, 1992.

normas *jus cogens*. Todo ello parece que escapa a los viejos paradigmas del derecho internacional clásico, pero no a las ideas de Francisco de Vitoria.

Cuando se habla de derecho global, se hace referencia a las reglas diseñadas para lograr los intereses generales de la comunidad internacional; como tal, está más cerca del *ius gentium* que declaraba el *totus orbis* de Vitoria. No podemos seguir considerando que las funciones del derecho internacional se centran exclusivamente en la coexistencia de Estados o, incluso, en la coordinación institucionalizada. Ello nos va a llevar cuanto menos a considerar que el derecho internacional es el sistema jurídico de la comunidad internacional que rige la coexistencia social y política de entidades con diferentes niveles jurídicos, políticos, económicos, sociales, etcétera, que operan en el entorno internacional para la coordinación de sus intereses comunes, y la cooperación en la búsqueda de los intereses generales para promover el bienestar humano.

Ziccardi analiza “el impacto de las fuerzas globales en el derecho internacional”.⁹⁹ Ella considera que la globalización ha impactado en el derecho internacional, de tal manera que ha cambiado sus procesos decisionales e interacciones con normas regionales, específicas y nacionales.

Como dice Ziccardi:

La construcción del sistema jurídico de la comunidad universal ha comenzado. Existen signos del surgimiento de una Constitución Global, es decir, un orden jurídico donde la fuerza está prohibida, y donde la legalidad está incorporada en principios destinados a proteger la vida humana y los individuos en general de la guerra, el terrorismo y gobiernos tiránicos y sangrientos, hambre y desastres ecológicos, y donde los bienes culturales y ambientales y los recursos naturales, la alta mar y el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre son para que la humanidad pueda disfrutarlos.¹⁰⁰

Si esto es así, ¿qué tiene esto de diferente del *totus orbis* que preconizaba Francisco de Vitoria?

⁹⁹ Ziccardi Capaldo, G., *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 8.

VIII. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO GLOBAL ACTUAL Y LAS IDEAS VITORIANAS

Creo que sería muy útil identificar las características del actual sistema global para confirmar la tesis de que Vitoria tuvo más en mente el sistema global actual que el derecho internacional clásico. Para ello, me voy a servir de las características que reconoce Ziccardi al derecho global.

1. *Primera característica: verticalidad*

El derecho global ha creado estructuras y procesos de decisión (a veces por medios democráticos) para implementar normas. Es cierto que, como dice Ziccardi,

...la verticalidad del poder internacional se ha producido sobre la base de la Carta, e incluso más allá de la Carta. De hecho, debido a la insuficiencia de la Carta y las instituciones internacionales, este sistema emergente se está desarrollando fuera del sistema de las Naciones Unidas por medio de una amplia práctica de cogestión de los objetivos y los intereses globales que conducen a normas internacionales generales.¹⁰¹

¿Cuál es el significado de “verticalidad”? El derecho global “crea las estructuras y regula los procesos de decisión de determinación e implementación de normas destinadas a salvaguardar el interés global”.¹⁰²

¿Qué podría pensar Vitoria sobre estas estructuras y sobre la regulación de los procesos decisionales? El *totus orbis* de Vitoria no era un gobierno universal. Sin embargo, Vitoria consideró la idea de una sociabilidad natural de la humanidad, acompañada de la existencia de relaciones entre comunidades con vínculos legales, que es el *totus orbis*, representando una sociedad de comunidades y de individuos.

En realidad, Vitoria está pensando en el Estado como la comunidad superior. Naszlayi ha desarrollado la idea del “Estado de Vitoria”. El fraile

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁰² *Ibidem*, p. 9.

dominicano español, con base en Santo Tomás, considera un concepto de la unidad de un orden superior.¹⁰³

Cuando Pereña explora preguntas y respuestas, de acuerdo con los textos de Vitoria sobre *jus ad bellum* y *jus in bello*, considera el intento de Vitoria de responder preguntas como ¿quién puede y cómo hacer la guerra?, ¿cuáles son los límites de la guerra?, ¿a quién se le puede matar en una guerra?, etcétera.¹⁰⁴ Es decir, Vitoria era consciente de la necesidad de la verticalidad.

AParísi Miralles, cuando estudia los presupuestos filosóficos y políticos de Vitoria en su teoría sobre la guerra justa, *jus ad bellum* y *jus in bello*, considera que el fundamento de la intervención humanitaria es uno de esos presupuestos. Con esta consideración sobre la intervención humanitaria, AParísi analiza si una guerra puede ser justa para ambas partes.¹⁰⁵

Vitoria no dibujó ninguna estructura o regulación para estos procesos decisionales. Sin embargo, su consideración de la norma y el orden jurídico implica una concepción de verticalidad.

2. Segunda característica: principios jurídicos y valores comunes

Las normas globales se basan en valores y principios, y las obligaciones se aplican a Estados, individuos, grupos, entes subestatales, etcétera. La comunidad internacional organizada defiende estos valores y principios. Por esta razón, Ziccardi considera al sistema jurídico global como “obligaciones establecidas *erga omnes* para estados, individuos, entidades y grupos”.¹⁰⁶ Afirma, según Thomas Franck, que “el derecho internacional contemporáneo exige que los gobiernos sean legítimos: el control de la legitimidad se confía a los organismos internacionales que utilizan normas universales”.¹⁰⁷

¹⁰³ Naszlayi, E., *El Estado según Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1948.

¹⁰⁴ Pereña, L. et al., *Francisco de Vitoria. Relectio de Iure Belli o paz dinámica. Escuela Española de la Paz. Primera generación 1526-1560*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1981.

¹⁰⁵ AParísi Miralles, Á., *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2007.

¹⁰⁶ Ziccardi Capaldo, G., *op. cit.*, p. 11.

¹⁰⁷ *Idem.*

Por supuesto, existen diferentes medios para garantizar tal legalidad, entre ellos están los órganos judiciales internacionales. Las obligaciones de legalidad justifican la erosión de la soberanía de los Estados.

Como ya se dijo, Vitoria nunca mencionó el concepto de soberanía. De hecho, Bodino fue quien, antes que nadie, dijo que el poder absoluto de la organización política emergente de la época, llamada Estado, no estaba sujeto a ningún otro poder, justificando así no el poder despótico, sino la concentración del poder. Desde entonces, refiriéndose a 1576, el concepto de Bodino se llama soberanía y ha servido para referirse a los poderes del Estado.¹⁰⁸

Hoy, como se dijo anteriormente,

...nos enfrentamos a lo que podría llamarse una soberanía operacional, es decir, los Estados limitaron su libertad de acción a través de acuerdos internacionales, estableciendo organismos supranacionales y beneficiándose de influencia política. Véase, si no, la propia Unión Europea o cualquiera de las más de trescientas organizaciones internacionales a las que pertenece España. Ahí radica la erosión rampante que está bajo la soberanía de Estados en los últimos tiempos. El Estado, en sí mismo, ya no es capaz de articularse solo, un sistema de protección de sus intereses e, incluso, un sistema de autosuficiencia de sus necesidades básicas y elementales.¹⁰⁹

En este sentido, según Hernández Martín, se acerca mucho al pensamiento internacionalista de Vitoria. Analiza la fuente del poder y sus límites, la obligación de la ley, la guerra justa y la colonización.¹¹⁰

Rojano Esquivel está en conformidad con las ideas de Vitoria, incluso ahora. Su tesis

...no forma parte de una utopía ni de un futurismo irracional, simplemente ape-
la a la lógica de una comunidad civilizada: el sometimiento al Estado de derecho

¹⁰⁸ Bodino, J., *Les six livres de la République*, París, 1576, libro I, cap. 8. He manejado la edición publicada: París, Librairie Générale Française, 1993 (extraits en français moderne).

¹⁰⁹ Fernández Sánchez, P. A., “La necesidad de cambios jurídicos estratégicos para los nuevos escenarios mundiales”, *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2008, vol. I, 2009, p. 285.

¹¹⁰ Hernández Martín, R., *Francisco de vitoria, vida y pensamiento Internacionalista*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

y la democracia de acuerdo con las *dignity*. En consecuencia, la democracia y los derechos humanos serán los principios rectores de una República *totus orbis*".¹¹¹

Truyol y Serra analiza la concepción ideológica del universo de Vitoria y los fundamentos naturales de la sociedad internacional y el papel del Estado;¹¹² esto es, Vitoria estaba considerando los principios jurídicos y los valores comunes de la república del *totus orbis*.

3. Tercera característica: sistema jurídico integrado

Ziccardi ha mencionado que,

...a medida que el sistema jurídico internacional continúa expandiéndose, regulando cada vez más los procesos económicos y los sectores sociales significativos, requiere que los Estados cumplan con ciertos estándares internacionales mínimos para la implementación interna de las obligaciones asumidas. Estas normas, a saber, la buena fe, la aplicabilidad directa y la primacía de los tratados y las costumbres, son consideradas por los tribunales internacionales como principios generales establecidos por el derecho internacional.¹¹³

De esta manera, es posible decir que el derecho global contribuye a la integración o armonización del sistema del derecho internacional.

Francisco de Vitoria era consciente de la existencia de reglas universales de derecho.¹¹⁴ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general [*jus cogens*]) declara:

¹¹¹ Rojano Esquivel, J. C., *op .cit.*, p. 178.

¹¹² Tuyol y Serra, A., *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946.

¹¹³ Ziccardi Capaldo, G., *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁴ Tuyol y Serra, A., "El derecho de gentes como orden universal (The law of nations as global order)", en Mangas Martín, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993. pp. 17-25.

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Cuando el artículo dice en su propio título *jus cogens*, tiene la intención de “reclamar el reconocimiento inmediato sin discusión de su obligación”.¹¹⁵ Vitoria dijo que el mundo entero, que es una república, tiene el poder de dictar leyes justas y convenientes para todos, como las de *ius Gentium*, por lo que no es lícito que un reino no cumpla con el derecho internacional, porque han sido dadas por la autoridad del mundo entero.¹¹⁶

Messuti ha notado que todo “esto se basa en el principio fundamental de la doctrina de Vitoria: la supremacía del bien del mundo sobre el bien particular de un estado. El *bonum orbis*, como utilidad de la mayoría, no puede ser pospuesto por intereses egoístas de un estado”.¹¹⁷

4. Cuarta característica: *garantía colectiva*

Más allá de la Carta de la ONU, el derecho global proporciona una gestión multilateral que opera en diferentes niveles: nivel universal, nivel universal especializado, nivel regional, nivel regional sectorial y/o nivel nacional. Como dice Ziccardi:

...un sistema de gobernanza compartido se basa en un mecanismo integrado y sistemático de monitoreo, determinación y medidas coercitivas de implementa-

¹¹⁵ Messuti, A., “Las Huellas de Francisco de Vitoria en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (The Trail of Francisco de Vitoria in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), en Pérez Cepeda, I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 2, disponible en: http://www.feminicidio.net/sites/default/files/Francisco%20de%20Vitoria_0.pdf.

¹¹⁶ Frayle Delgado, L., *Francisco de Vitoria. Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Estudio preliminar, traducción y notas*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 51.

¹¹⁷ Messuti, A., *op. cit.*,

ción adoptadas no solo por la ONU, sino también por gobiernos, organizaciones internacionales, tanto regionales como mundiales, gubernamentales y no gubernamentales, y varios actores de la sociedad civil.¹¹⁸

En esto consiste la garantía colectiva en el marco del derecho global. En relación con esta cuestión, Vitoria, como nos señala Gómez Riva,

...se aparta del tradicional límite restrictivo de la respuesta a una injuria, para alcanzar un moderno “derecho probable” que en la mayoría de los casos puede asistir a los dos contendientes de un conflicto. No podía ser de otra forma, en aquel entorno histórico de una Europa en guerra entre naciones cristianas, y aún católicas. Tal vez puedan parecer todas estas disquisiciones algo eruditas y alejadas de una influencia sobre la vida real... pero sería un error tal consideración; incluso me atrevo a indicar que nuestro mundo actual globalizado y todavía perplejo por los zarpazos del terrorismo fundamentalista o las intervenciones militares preventivas, necesita con mayor urgencia una reflexión como la sustentada en esos viejos tratados con más de cuatrocientos años a sus espaldas.¹¹⁹

De hecho, Vitoria consideró que, aunque una guerra fuera útil para un Estado, si fuera dañina para el orbe o el cristianismo, sería una guerra injusta.¹²⁰

Como se mencionó anteriormente, en relación con el derecho de intervención o injerencia, Vitoria consideró que, aunque las leyes favorezcan crímenes, se permite la intervención de otro Estado, incluso si los sujetos dan su consentimiento a tales leyes inhumanas y no quieren esta intervención, porque no son dueños ni tienen derecho a dar muerte a sus hijos.¹²¹

Diego Carro, en los años cincuenta del siglo pasado, pidió la intervención de las Naciones Unidas, incluso el deber de liberación de Hungría

¹¹⁸ Ziccardi Capaldo, G., *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁹ Gómez Riva, L., “Los tratados de *iure belli* y el origen del derecho internacional. Una aproximación historiográfica a los estudios sobre el derecho de la guerra durante el primer franquismo”, *Hispania Sacra*, vol. LXII, núm. 125, 2010, p. 319.

¹²⁰ Frayle Delgado, L., *op. cit.*, p. 24.

¹²¹ *Ibidem*, nota a pie de página núm. 5.

basándose en el derecho de intervención, tal como se interpreta por el pensamiento de Vitoria.¹²²

Por tanto, parece que la garantía colectiva que preconiza el derecho global y el que preconizaba Vitoria son mucho más parecidos que la regulación de la garantía colectiva que se realizó durante los siglos posteriores al pensamiento de Vitoria.

IX. CONCLUSIONES

Francisco de Vitoria no puede considerarse un jurista que formulara teorías para la organización del mundo. Él era teólogo, incluso clérigo, y, por tanto, su planteamiento jurídico lo hacía desde la perspectiva de la ética y de la moral, pero siendo consciente de que esa perspectiva debía tener una estructura jurídica que permitiera establecer responsabilidades y sanciones. Por eso, su defensa de los derechos humanos, la protección de la dignidad del ser humano, el derecho de injerencia por razones humanitarias, el derecho de la soberanía de los pueblos indígenas, los límites del emperador y de la Iglesia en relación con los nuevos territorios y los indígenas, el aprovechamiento racional de los recursos naturales de todos, etcétera fueron estructurados teóricamente como normas jurídicas vinculantes, por su carácter racional.

Vitoria fue, sin género de dudas, el primer y mayor contribuyente a la construcción de un derecho que regulara ese *totus orbis*, hoy llamado comunidad internacional.

Ese derecho internacional ideado por Vitoria tuvo luego diferentes fases de la evolución: *ius gentium*, *ius inter gentes*, *ius publicum europaeum*, derecho westfaliano, derecho poswestfaliano, derecho internacional clásico, derecho internacional moderno, derecho internacional transmoderno y, finalmente, derecho global.

Sin embargo, si tenemos en cuenta las características de ese derecho internacional, en estas distintas fases y si consideramos el derecho global como el conjunto de normas internacionales que codifican un sistema ju-

¹²² Carro, V. Diego, “El derecho de intervención según Vitoria y los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. ¿Es un deber universal la liberación de Hungría?”, *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1956-57, pp. 227-247.

rídico coherente, establecido por los distintos sujetos que operan en el mundo internacional, para regular los intereses generales de la comunidad internacional, para la consecución del bienestar humano, se puede afirmar que este derecho está más en consonancia con el planteamiento de Francisco de Vitoria que los sistemas que se desarrollaron para dar satisfacción a los intereses comunes de los Estados durante los siglos posteriores.

Si aceptamos las características comunes del derecho global, según la profesora Ziccardi, como la verticalidad, los principios jurídicos y valores comunes, el sistema jurídico integrado y la garantía colectiva, podemos encontrar esas cuatro características en el pensamiento de Vitoria.

Vitoria no trazó ninguna estructura o regulación para la formulación de políticas. Sin embargo, su consideración de la ley y el orden jurídico implica una verdadera concepción de verticalidad. También consideró que el *totus orbis* requería principios jurídicos y valores comunes, como muestra el actual derecho global. Las reglas de derecho establecidas por Vitoria para el *totus orbis* y las existentes de la actual comunidad internacional son idénticas, ya que el centro de ellas es el ser humano y su protección.

Por último, Vitoria y el actual derecho global consideran la necesidad de una garantía colectiva necesaria para preservar sus objetivos: proteger a la humanidad. Se trata de una garantía colectiva que incluye la posibilidad de intervenir para eliminar amenazas contra la paz y la seguridad internacionales o para la seguridad humana.

El necesario nuevo orden mundial no puede basarse exclusivamente en los viejos paradigmas del derecho internacional clásico, porque hay que dar entrada a una multiplicidad de nuevos actores, de nuevas acciones, de nuevas aplicaciones, de nuevas funciones. Por ello, se hace necesario conocer bien el planteamiento de Francisco de Vitoria para comprender adecuadamente el objeto de la regulación, que no es más que el bien común de la sociedad internacional entera, interrelacionada. Y esto estaba en el pensamiento de Vitoria.

X. BIBLIOGRAFÍA

AGO, R., “Le droit international dans la conception de Grotius”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983.

- ALMEIDA DINIZ, A. J., *Subdesenvolvimento e direito das gentes*, Belo Horizonte (Brasil), Universidad de Minas Gerais, 1977.
- ALOÉ, V. D., *Europeos y americanos, conflictos y armonías. La historia de "occidente", la crisis de la contemporaneidad y la "cuestión argentina"*, Buenos Aires, Dunken, 2015.
- ALONSO GETINO, L. G., *Relecciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria*, Madrid, Imprenta La Rafa, 1935.
- APARÍSI MIRALLES, Á., *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2007.
- ARENAL, C., *Ensayo sobre el derecho de gentes*, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ensayo-sobre-el-derecho-de-gentes--0/>.
- BARCIA TRELLES, C., "Francisco de Vitoria et l'École moderne de droit international", *RCADI*, vol. II, 1927.
- BARCIA TRELLES, C., "Francisco Suárez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVI si cles et l'Ecole moderne du droit international," *RCA-DI*, vol. 43, 1933.
- BARCIA TRELLES, C., *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Valladolid, Cuesta-Universidad de Valladolid, 1928.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y RUIZ DE ALEGRÍA, Vicente, *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por Vicente L. Pereña y J. M., Pérez Prendes, Madrid, C. S. I. C., 1967.
- BENEYTO, J. M. y ROMÁN VACA, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law Lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, Madrid, CEU Ediciones, 2014.
- BENHABIB, S., "El dret de gents, la justícia distributiva i les migracions", *Enrahonar*, núm. 43, 2009.
- BLOM, H. W. y WINKEL, L. C. (eds.), *Grotius and the Stoa*, Países Bajos, Royal Van Gorkum, 2004.
- BODINO, J., *Les six livres de la République*, París, 1576 (París, Librairie Générale Française, 1993).
- BOGAERT, E. R. C., *Volkenrecht*, Antwerpen (Países Bajos), Kluwer, 1982.
- BORSCHBERG, P., "De Societate Publica Cum Infidelibus (una obra juvenil de Hugo Grocio)", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 83, enero-marzo de 1994.

- BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, William Tait, 1843 (Nueva York, 1962).
- BROWN SCOTT, J., “El descubrimiento de América y su influjo en el derecho internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 13, núm. 50, 1930.
- BROWN SCOTT, J., *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, Cuesta-Universidad de Valladolid, 1928.
- CARRO, V. Diego, “El derecho de intervención según Vitoria y los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. ¿Es un deber universal la liberación de Hungría?”, *Anuario Asociación Francisco de Vitoria*, 1956-1957.
- CARRO, V. Diego, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 2a. ed., Salamanca, Biblioteca de Teólogos Españoles, 1944.
- CAZALA, J., “Jeremy Bentham et le droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 109, 2005.
- CERVANTES, M. de, *Don Quijote de la Mancha*, Barcelona, Planeta-Fundación Gala-Salvador Dalí, 2004.
- COLBECK, Ch., *The Public Schools Historical Atlas*, Nueva York-Londres-Bombay, Longmans y Green, 1905.
- CRUZ CRUZ, J., “Vitoria y el fundamento del derecho internacional”, *Ley Natural*, 15 de marzo de 2020, disponible en: http://www.leynatural.es/2020/03/15/vitoria-y-el-fundamento-del-derecho-internacional/#_ftn51.
- DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.
- DORIGNY, M. y TLILI SELLAOUTI, R. (dirs.), *Droit des gens et relations entre les peuples dans l'espace méditerranéen autour de la Révolution française*, París, SER, 2006.
- EDWARDS, C. S., *Hugo Grotius. The Miracle of Holand*, Chicago, Nelson Hall, 1981.
- EEK, H., *Folkkrätten, Staternas och de mellanstatliga organisationernas rättsordning*, P. A. Norstedt (Estocolmo), 1968. *Ahlstroöm, Chr., Gultkriget och den humanitära folkkrätten*, Estocolmo, Folkkräftsdelegationen, 1992.
- EGIDO, Ma. A., “Madariaga reivindicador de la figura de Vitoria como fundador del derecho internacional”, en Ayuntamiento de La Coruña, *S. de Madariaga: exposición. Libro homenaje*, La Coruña, Imprenta Mundo, 1987.
- FEENSTRA, R., *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009*, Leiden (Países Bajos), Martinus Nijhoif, 2009.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “La necesidad de cambios jurídicos estratégicos para los nuevos escenarios mundiales”, *The Global Community-Yearbook of International Law and Jurisprudence 2008*, vol. I, 2009.
- FRANK, M., *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile (ad usum scholarium)*, Turín, Giappichelli, 2006.
- FRAYLE DELGADO, L., *Francisco de Vitoria. Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Estudio preliminar, traducción y notas*, Madrid, Tecnos, 2007.
- GELDEREN, M. van, “«Mare Liberum»: Hugo Grocio, entre la defensa del colonialismo y los derechos de «otros»”, *Pedralbes*, núm. 28, 2009.
- GINER DE LOS RÍOS, F., “Religión y Estado en la España del siglo XVI”, *Obras completas*, Madrid, Anthropos-Fundación Caja de Madrid, 1997, vol. II.
- GÓMEZ RIVA, L., “Los tratados de *iure belli* y el origen del derecho internacional. Una aproximación historiográfica a los estudios sobre el derecho de la guerra durante el primer franquismo”, *Hispania Sacra*, vol. LXII, núm. 125, 2010.
- GÓMEZ, F., “Historicidad, juridicidad y para-literatura: en torno a Francisco de Vitoria (1486-1546)”, *Anuario de Estudios Americanos*, t. LIX, núm. 2, 2002.
- GROCIO, H., *Prolegómenos*.
- HAGGENMACHER, P., *Hugo Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París, Presses Universitaires de France, 1983.
- HERDEGEN, M., *derecho internacional público*, México, UNAM, 2005.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Francisco de Vitoria, vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.
- HINOJOSO Y NAVEROS, E., “Los precursores de Grocio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 6, 1929.
- HONT, I., *Jealousy of Trade: International Competition and the Nation-State in Historical Perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- JACOBINI, H. B., “Some Observations Concerning Jeremy Bentham’s Concepts of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 42, 1948.
- JIMÉNEZ ALEMÁN, Á. Aday, “Derecho global”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre de 2016-marzo de 2017.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010.

- KOSKENNIEMI, M., «International Community» from Dante to Vattel», *Vattel's International Law in a XXI Century Perspective*, Ginebra, Institut de Haute Études Internationales, The Graduate Institute, 2008, disponible en: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKINTERNATIONAL%20COMMUNITY-08i.pdf>.
- LATOURELLE, R., *Teología de la revelación*, Salamanca, Sígueme, 1967.
- LEVITT, T., «The Globalization of Markets», *Harvard Business Review*, vol. 61, mayo-junio de 1983.
- LEWKOWICZ, N., «The Spanish School as a Forerunner to the English School of International Relations», *Estudios Humanísticos. Historia*, núm. 6, 2007.
- MALDONADO SIMÁN, B., «La guerra justa de Francisco de Vitoria», *Anuario Mexicano de derecho internacional*, vol. VI, 2006.
- MANNING, D. J., *The Mind of Jeremy Bentham*, Londres, Longmans, 1968.
- MESSUTI, A., «Las huellas de Francisco de Vitoria en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados» («The Trail of Francisco de Vitoria in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties»), en PÉREZ CEPEDA, I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, disponible en: http://www.feminicidio.net/sites/default/files/Francisco%20de%20Vitoria_0.pdf.
- MIAJA DE LA MUELA, A., «El derecho «totus orbis» en el pensamiento de Vitoria», *Revista Española de derecho internacional*, vol. XVIII, 1965.
- NASZLAYI, E., *El Estado según Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1948.
- NEILA HERNÁNDEZ, J. L., «España y la Sociedad de Naciones: un tránsito historiográfico inacabado», *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. extraordinario, 2003.
- ONUMA, Y. (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- ORTIZ TREVIÑO, R. G., «La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, 2005.
- PAUW, F., *Grotius and the Law of the Sea*, trad. de P. J. Arthern, Bruselas, Ediciones del Instituto de Sociología, 1965.
- PEREÑA, L. et al., *Francisco de Vitoria. Relectio de Iure Belli o paz dinámica. Escuela Española de la Paz. Primera generación 1526-1560*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1981.

- PIETRO, A., *Institutas de Gayo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- PIROTTO, A. de, “Francisco de Vitoria”, en VITORIA, F. de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1975.
- PRÖGLER, D., *English Students at Leiden University, 1575-1650*, Farnham(Surrey), Ashgate, 2013.
- RAWLS, J., *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Paidós, 2001.
- RIAZA MARTÍNEZ OSORIO, R., “La escuela española del derecho natural”, *Revista de Cultura y Vida Universitaria*, 1925.
- RIQUER, M. de, *Antología, cantares de gesta, trovadore, narrativa medieval, literatura catalana, y vida caballeresca*, Barcelona, Anthropos, 1989.
- ROCA TOCCO, C. A., “Origen y evolución del derecho internacional público”, *IUSHISTORIA, Revista Electrónica*. núm. 3, septiembre de 2006, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., “La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991.
- ROJANO ESQUIVEL, J. C., “Del *totus orbis* al *ordo orbis*. El pensamiento internacionalista de Francisco de Vitoria”, 2013, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3540/11.pdf>.
- ROMMEN, H. A., *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de derecho internacional, 1951.
- SÁNCHEZ HIDALGO, A., “Francisco de Vitoria: un orden cosmopolita a realizar”, en BENEYTO, J. M. y ROMÁN VACA, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law Lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, Madrid, CEU Ediciones, 2014.
- SIMMONDS, K. R., “Some English Precursors of Hugo Grotius”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 43, 1957.
- SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Madrid, CSIC, 1971-1981, 8 vols.
- THOMPSON, H. A., *The Stoa of Attalos II in Athens*, Nueva Jersey, 1992.
- THÜRER, D., *Völkerrecht als Fortschritt und Chance, Grundidee Gerechtigkeit Band 2*, Baden-Baden (Alemania), Nomos Verlagsgesellschaft mbH y Co. KG, 2009.

- TORRENT RUIZ, A., “Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI”, *Teoría e Storia del Diritto Privado*, núm. 6, 2013.
- TOUCHARD, J., *Histoire des idées politiques*, París, Presses Universitaires de France, 2006.
- TRUYOL Y SERRA, A., “Doctrines contemporaines de droit des gens”, *Revue Générale de droit International Public*, núm. 3, 1950.
- TRUYOL Y SERRA, A., “El derecho de gentes como orden universal (The Law of Nations as Global Order)”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993.
- TRUYOL Y SERRA, A., “Francisco de Vitoria y Hugo Grocio: cofundadores del derecho internacional”, *Ciencia Tomista*, vol. 111, 1984.
- TRUYOL Y SERRA, A., “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit de gens”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, t. II: *Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 2007.
- TRUYOL Y SERRA, A., *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946.
- URDANOZ, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, *Relectio de Indis, del Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid, C. S. I. C., 1967.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Perspectiva histórica de las relaciones de derecho internacional público observadas por el derecho de gentes”, verbo. *Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el Derecho Natural y Cristiano*, núms. 411-412, 2003.
- VATICAN, *Acta Apostolicae Sedis*, Commentarium Oficiale, An et vol. LXII, Typis Polyglottis Vaticanis, MDCCCCLXX, Libreria Editrice Vaticana, 1979, disponible en: <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-62-1970-ocr.pdf>.
- VERDROSS, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983.
- VITORIA, F. de, *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985.
- VITORIA, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Madrid, Tecnos, 2012.
- VREELAND, H., *Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1917.

- WEINER, Allen S. y NEFF, St., “War and the Law of Nations: A General History”, *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 1, 2007.
- WERNER, Th. y VERDONK, R., *Encuentros en Flandes: relaciones e intercambios hispanoflamencos a inicios de la edad moderna*, Lovaina(Bélgica), Leuven University Press, 2000.
- ZABALLA, L., “Vitoria, Grocio y el origen del derecho internacional”, *Análisis*, núm. 10, junio de 2017, disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_%20ANALISIS_10.pdf.
- ZICCARDI CAPALDO, G., *The Pillars of Global Law*, Hamsphire, Ashgate, 2008.

La necesidad de un marco normativo postconflicto o *ius post bellum* para lograr la paz

The Need for a Post-Conflict Regulatory Framework or Ius Post Bellum to Achieve Peace

La nécessité d'un cadre réglementaire post-conflict ou de jus post bellum pour get the paix

Ilssy Macchia Valdés*

Iliana Rodríguez Santibáñez**

Durante la guerra, un Estado no debe admitir que las hostilidades revistan tal carácter que hagan imposible la confianza recíproca en una paz posterior.

Immanuel KANT

SUMARIO: I. *Introducción: la delgada línea entre la paz y la guerra.* II. *¿Ius post bellum? El restablecimiento de la paz.* III. *Conclusiones.* IV. *Fuentes de consulta.*

* Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8195-7327>.

** Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8114-7797>, ilrodrig@tec.mx.

Artículo recibido el 31 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 195-234
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, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El objeto del presente estudio es establecer la necesidad de un derecho postconflicto o *ius post bellum* que haga posible la realización de escenarios que instauren nuevas oportunidades para la paz. El derecho comparado permite contrastar el *ius ad bellum* del *ius in bello* en conflictos armados, para luego arrojar la necesidad de nuevas construcciones legales postconflicto.

Palabras clave: postconflicto, *ius post bellum*, paz, derecho internacional humanitario, guerra, justicia transicional.

ABSTRACT: The purpose of the present study is to establish the need for a post-conflict right or *ius post bellum* that makes possible scenarios that create new opportunities for peace. The comparative law allows contrasting the *ius ad bellum* of *ius in bello* in armed conflicts, soon to throw the need for new post-conflict legal constructions.

Key words: post-conflict, *ius post bellum*, peace, international humanitarian law, war, transitional justice.

RÉSUMÉ: Le but de cette étude est d'établir la nécessité d'un droit post-conflit ou *ius bello dopo* qui rendent possible la réalisation de scénarios qui introduisent de nouvelles opportunités pour le droit de la paix. Le droit comparé permet contraste les *ius ad bellum* au *ius in bello* dans les conflits armés, puis jeté la nécessité de nouvelles constructions juridiques post-conflit.

Mots-clés: post-conflit, *ius post bellum*, paix, droit international humanitaire, guerre, justice transitionnelle.

I. INTRODUCCIÓN: LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA PAZ Y LA GUERRA

Un vistazo a la historia del hombre revela que, durante muchos siglos, se ha percibido a la paz como un *deber ser*, más que como una certeza. En este contexto, la guerra ha determinado la realidad desde el inicio de los tiempos, incluso se ha convertido en el *ser*. En función de ello, resulta relevante hacer un estudio profundo del fenómeno de la guerra como un proceso continuo hasta el momento en que se restaura la paz. Así pues, desde el punto de vista del derecho y de las reglamentaciones existentes en el *ius ad bellum*, el *ius in bello* y el derecho postconflicto o *ius post bellum*, se observa que la guerra, más allá del mero conflicto armado, se centra en una serie de procesos ininterrumpidos que deben respetar los derechos humanos y libertades fundamentales en todo momento hasta que la paz se restablezca.

En este estudio se formula el planteamiento respecto a la idea de que tras un conflicto armado de cualquier naturaleza, sea internacional o no, es necesario un marco jurídico que permita la restauración de procesos pacificadores y que promueva el desarrollo de una sociedad más organizada tras las divisiones que dejan esta clase de conflictos. Este marco jurídico se centraría en elementos orientadores construidos desde el derecho internacional, bajo la forma de reglas, de normas, de modelos, que orienten a la sociedad tras un conflicto armado. Se sostiene como hipótesis que los convenios y textos jurídicos internacionales existentes en la materia no son suficientes para el aseguramiento de la paz a largo plazo, sino que es necesario un marco regulatorio de transición, siempre que existan las condiciones para un marco regulatorio definido por la nueva configuración social postconflicto. Lo anterior parte del hecho de que no existe un proceso jurídico claro para la restauración de la paz duradera, o la instauración de instituciones políticas, económicas, sociales y culturales realmente fuertes que sustenten la cohesión social una vez que la confrontación directa ha llegado a su fin. Esto es en consideración de la definición dada por Jens Iverson respecto del *ius post bellum*, que es el “cuerpo de normas jurídicas que se aplica al proceso de transición desde un conflicto armado hacia una paz justa y sostenible”,¹ que en todo caso supone el derecho de la justicia transicional.

¹ Iverson, Jens, *Jus Post Bellum: The Rediscovery, Foundations, and Future of the Law of Transforming War into Peace*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021, p. 145.

Esta falta de un proceso jurídico postconflicto en la actualidad alcanza incluso al plano doctrinal, donde es abordado fundamentalmente por autores enfocados a construcciones teóricas derivadas del estudio de la guerra desde los ámbitos jurídico, político y filosófico, pero que no responden a un derecho posterior a éste, tales como Suárez, Vitoria, Grocio, Vattel o Kant. Así, “el *ius post bellum* es asunto sujeto a controversia, tanto mayor cuanto que se trata de un sector del derecho internacional aún no consolidado, ni siquiera en el nivel doctrinal”.²

1. Ius ad bellum

No cabe duda de que la guerra representa un campo para el derecho que, por muchos años, permaneció inexplorado. El primer documento normativo que hace referencia a la guerra es la Declaración de París del 16 de abril de 1856, donde se establece la importancia del principio de distinción entre neutrales y beligerantes e impone las primeras reglas de “convivencia” respecto a la guerra naval particularmente. Más tarde, los acercamientos al estudio de la guerra como un fenómeno normativo encuentran foro de expresión con las convenciones de La Haya (Países Bajos), donde dos tratados internacionales fueron negociados en 1899 y 1907.³ Éstos se reconocen como *ius ad bellum*, pues constituyen un cuerpo normativo que regula desde la solución pacífica de controversias como medida para evitar el estallido de la guerra hasta el inicio de las hostilidades, considerando también el tipo de armamento y los ataques permitidos. En resumidas cuentas, estas convenciones sientan las reglas de guerra antes de que inicie y marcan el *modus operandi* de las mismas como medida a consideración del Estado.

Los esfuerzos de estos tratados se centran en la administración de justicia y en el desarrollo de métodos de solución de controversias como parte de la misma evolución que empezó a vivir el derecho internacional a inicios del siglo XX. A grandes rasgos, las convenciones de La Haya tenían como

² García Manrique, Ricardo, “Hacia una concepción sustantiva del *ius post bellum*: un argumento hobbesiano”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 182, octubre-diciembre de 2018, p. 253, <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.182.09>.

³ De hecho, una tercera conferencia estaba planeada para 1914, pero fue pospuesta y cancelada a causa de la Primera Guerra Mundial.

finalidad el desarme, así como la creación de organismos internacionales que mediante el arbitraje y otros medios pacíficos sustituyeran particularmente a la institución de la guerra; asimismo, lo que buscaban era instaurar las leyes de la guerra.⁴

La intención de la celebración de estas convenciones era, precisamente, revisar la declaración respecto a las leyes y costumbres de la guerra acordada en la Conferencia de Bruselas en 1874. Mientras que la Conferencia de 1899 presentó una convención sobre la guerra terrestre, que para 1907 fue modificada ligeramente, diecisiete países adoptaron únicamente la primera dados los acontecimientos y el clima internacional de la época. El resto de los Estados sustituyeron la Convención de 1899 por la de 1907, que ha permanecido vigente hasta la actualidad.⁵

A detalle, la primera conferencia de La Haya fue propuesta por el propio zar de Rusia, Nicolás II. El resultado de dicha conferencia internacional fue la Convención de 1899, que consta de cuatro secciones generales más tres declaraciones adicionales: el arreglo pacífico de controversias internacionales (incluso instauró la Corte Permanente de Arbitraje); las leyes y costumbres de la guerra en tierra; la adaptación de las regulaciones de la Convención de Ginebra de 1864 relativas a la guerra marítima, y la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos (aire). Asimismo, las tres declaraciones versaban sobre el uso y costumbre de ciertas armas, explosivos y ataques, sobre todo con el afán de prohibir el uso de tecnología bélica de la época, como bombardeos aéreos, armas químicas y ataques a quemarropa.

Años más tarde, en 1907, viene una segunda conferencia que creó la Convención de 1907. En esta ocasión fue propuesta por el presidente estadounidense, Theodore Roosevelt, desde 1904, pero fue pospuesta por la guerra entre Rusia y Japón a inicios de siglo. La intención era profundizar y ampliar la Convención de 1899, modificando algunas partes y añadiendo otras (especialmente en lo que se refiere a la guerra naval). Desafortunadamente, muchas disposiciones iniciales se vieron entorpecidas por las nego-

⁴ “The Laws of War”, *The Avalon Project: Documents in Law, History, and Diplomacy*, Estados Unidos, Yale Law School Lillian Goldman Law Library, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp.

⁵ “Final Act of the Second Peace Conference. The Hague, 18 October 1907”, International Committee of the Red Cross, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/intro/195?OpenDocument>.

ciaciones de intereses dispares (Inglaterra *vs.* Alemania), pues la lucha por el balance de poder no permitía mucho avance, aunado al clima de tensión internacional. De tal forma y adicional a lo que comprendía el tratado anterior, la Convención de 1907 regula la recolección de deudas, las leyes y costumbres de la guerra (tanto terrestre y marítima como aérea), el inicio de las hostilidades, los derechos y obligaciones de los poderes y personas neutrales, el tratamiento a los barcos mercantes, el uso de los submarinos, las disposiciones normativas respecto al bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra, así como el arbitraje (obligatorio o voluntario).

2. *Ius in bello*

Desde el inicio de los tiempos, el comportamiento del hombre se caracterizó por una naturaleza eminentemente bélica, dada la gran cantidad de batallas y guerras que han marcado la historia. Si bien ya existían antecedentes sobre las atrocidades cometidas en el campo de guerra durante el desarrollo de las hostilidades, fue hasta el siglo XIX cuando se empiezan a codificar este tipo de prácticas. En consecuencia, es preciso empezar a hablar sobre el derecho internacional humanitario (DIH).

Al momento en que surge cualquier conflicto, sea de carácter internacional o no, el DIH aparece como un recurso indispensable para limitar el uso de la violencia, especialmente para quienes no participan en las hostilidades. Lo anterior permite, por ejemplo, la protección y distinción de la población civil, así como de aquellas personas que no son consideradas como combatientes. Ahora bien, no es posible pensar en un marco normativo que sea aplicable al restablecimiento de la paz una vez que los conflictos han terminado sin antes comprender el derecho aplicable al momento en que surge la guerra y durante el desarrollo de ésta.

Por ello, para poder comprender el recurso de la guerra desde el punto de vista normativo, es preciso definir primero al DIH: "...un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra".⁶

⁶ ICRC, "¿Qué es el derecho internacional humanitario?", International Committee of the Red Cross, 2004, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>.

Por su naturaleza misma, es también ampliamente conocido como derecho de guerra o derecho de los conflictos armados. Su origen mismo se remonta a las normas dictadas por antiguas civilizaciones y religiones, pero su consolidación viene hasta el siglo XIX cuando logra mantener un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares.

Ciertamente, se ha establecido que el DIH protege y resguarda los derechos fundamentales de la población civil; sin embargo, resulta prioritario distinguirlo del derecho internacional de los derechos humanos. Este último se caracteriza por la protección de todo ser humano, sin distinción alguna de sexo, raza, edad, condición social, nacionalidad, entre otros, en todo momento y en todo lugar —inclusive en tiempos de guerra—, siendo los Estados los encargados de resguardarlo. El DIH, como parte del derecho internacional, limita los medios y métodos en la guerra, y protege a las personas que no participan en la conducción de las hostilidades, así como a aquellos que han dejado de participar en los combates, protegiendo a las víctimas del conflicto armado de un sufrimiento innecesario.

El DIH está integrado tanto por los tratados o convenios firmados por los Estados, por el derecho consuetudinario internacional y por los principios generales del derecho.⁷ De manera esencial, el DIH se encuentra contenido en los cuatro convenios de Ginebra de 1949, así como en tres protocolos adicionales. Otros documentos que respaldan este derecho son aquellos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares (por ejemplo, la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas o el Tratado de Ottawa de 1997 sobre Minas Antipersonal), o bien la protección a ciertas categorías de personas (como puede ser el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados) o bienes (como la Convención de La Haya de 1954 sobre bienes culturales). También comprende el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

Empero, el principal pilar del *ius in bello* está contenido en los convenios de Ginebra. El origen de estos cuatro se encuentra en las grandes guerras mundiales del siglo XX, especialmente en la Segunda Guerra Mundial,

⁷ Como tal, el DIH no dictamina sobre el derecho de los Estados para recurrir al uso de la fuerza, sino que esa función recae en las funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

donde los ataques indiscriminados a la población civil dejaron ver las lagunas del mismo sistema normativo internacional. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) desde 1920 ya había estado trabajando arduamente en la protección de aquellas víctimas que cayeran en manos del enemigo, y fueron sus avances en la materia los que permitieron un ágil acuerdo internacional después de la conflagración internacional.

Así pues, estos cuatro convenios acordados en una de las grandes conferencias internacionales de la época constituyeron un avance considerable en el ámbito del DIH. Una de las más grandes innovaciones de este documento radica en el artículo 3o. común, que posibilita precisamente la inclusión de los principios generales a los conflictos no internacionales. La otra gran aportación fue el IV Convenio abocado, de manera exclusiva, a la población civil; he ahí la importancia capital del principio de distinción entre combatientes y civiles, pues determina precisamente la normatividad bajo la cual están protegidos.⁸ Aunado a ello, los convenios de Ginebra representan una ratificación de la defensa de los derechos humanos, especialmente a la vida y dignidad, así como dejan ver la fortaleza de la misión médica.

Por su parte, los protocolos adicionales responden a la dinámica cambiante en los mismos conflictos (guerras civiles, guerra de guerrillas, etcétera), incluyendo el impacto de éstos en la misma población civil, así como en el desarrollo de tecnologías. Al respecto, se comenta:

Introdujeron normas esenciales relativas a la conducción de las hostilidades y los medios y los métodos de hacer la guerra, cuyo objetivo era reforzar la protección de los civiles. En particular, formularon el importante principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Además, extendieron la lista de garantías fundamentales aplicables a todas las personas que caen en poder del adversario.⁹

⁸ La diferencia entre un combatiente y un civil radica en que el combatiente participa directamente en el conflicto, no pueden ser sancionados por su mera participación y la protección se extiende al momento en que dejan de intervenir en el conflicto o, en su caso, en los métodos de guerra utilizados mientras están en él. Así pues, un civil no tiene participación alguna y, por ende, son respetados, al tiempo en que son particularmente protegidos cuando caen en manos del enemigo o en los ataques o efectos de las hostilidades.

⁹ Spoerri, Philip, "Los convenios de Ginebra de 1949: orígenes y pertenencia actual", Comité Internacional de la Cruz Roja, agosto de 2009, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>.

A pesar de lo anterior, su gran área de oportunidad radica en su falta de aceptación de cierta cantidad de países, siendo su aceptación universal una necesidad absoluta.

Resulta preciso especificar cada uno de sus ámbitos de aplicación y principales objetivos. Cada uno de ellos se clasifica de acuerdo con la población que protegen una vez que han caído en las manos de la parte oponente, quedando de la siguiente forma:

- I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949).
- II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (1949).
- III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949).
- IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (1949).
 - a) Los protocolos adicionales que se adoptaron fueron los siguientes:
 - b) Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).
 - c) Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).
 - d) Protocolo III adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (2005).

En consideración del contenido mismo de estos convenios, es posible hacer la separación entre conflictos armados internacionales (CAI) y conflictos armados no internacionales (CANI). Los CAI son precisamente aquellos protegidos del Convenio I al IV más el Protocolo I, y se caracterizan por ser conflictos de un Estado contra otro Estado. Por otra parte, los CANI están respaldados por el artículo 3o. común a todos los convenios de Ginebra más el Protocolo II, siendo distinguido generalmente por la oposición de distintos grupos armados o un grupo armado contra el gobierno al interior de un Estado.

Si bien no es tan sencillo aplicar el principio de distinción o determinar la naturaleza de los CANI, el artículo 3o. común, así como el Protocolo II, posibilitan la protección de ciertos factores y aseguran la no violación de derechos. Otro problema que también surge es la falta de reconocimiento del gobierno nacional de las fuerzas opositoras, clasificándolas como meras facciones contrarias, pero no como grupos beligerantes. Algunas de las facultades que se contemplan en éstos son la exigencia de un trato humano a toda persona que caiga en manos del adversario; el tratamiento de todo herido, enfermo o náufrago; la concesión al CICR de ofrecer sus servicios a las partes en conflicto, así como la asistencia a las personas privadas de su libertad; el reconocimiento de que la aplicación de estas normas no afecta de modo alguno el estatus jurídico de las partes en conflicto. Precisamente, por estas cláusulas que incluye y una posible amenaza a la soberanía de los Estados, el Protocolo II ha sido ratificado en menor manera.¹⁰

Por lo anterior, aun cuando quedan áreas por cubrir en los convenios de Ginebra y otros tratados de armas y métodos de guerra, el DIH aún no contempla en su totalidad un derecho que regule las relaciones internas y externas de un país en reconstrucción posterior a los enfrentamientos bélicos. La existencia de conflicto en algunas partes del mundo, así como los procesos fallidos de paz en ciertos países, muestran la importancia de crear una legislación acorde a las necesidades internacionales que proteja a los sectores más vulnerables durante el restablecimiento de la paz, a manera de garantizar la protección de derechos humanos, el desarrollo de los Estados y la implementación de una paz sustentable. Más aún, resulta imperativo incorporar principios propios de justicia transicional que habiliten mecanismos de impartición de justicia y reconciliación social de manera expedita y confiable para la población, reduciendo así la potencialidad de un resurgimiento del conflicto.

II. ¿IUS POST BELLUM? EL RESTABLECIMIENTO DE LA PAZ

Al momento en que las hostilidades concluyen —ya sea por un armisticio¹¹ o por un reconocimiento formal de largo plazo— inicia la reconstrucción

¹⁰ Entre los países que no lo reconocen se encuentran Irán, Irak, India, Israel, Angola, México, Siria, Pakistán, Somalia, Estados Unidos, Turquía, entre otros.

¹¹ Un armisticio, sea oral o escrito, implica la suspensión provisional de hostilidades y constituye, contrario a la paz definitiva, únicamente un cese de armas breve en el campo de batalla.

de la paz duradera que, en algunas ocasiones, puede ser lenta y regresiva como el mismo conflicto bélico. Es por ello por lo que hablar del restablecimiento de la paz va más allá de una mera declaración de paz, sino que busca la estabilización de uno o varios Estados fragmentados y afectados por la guerra en aras de regresar al flujo cotidiano de actividades. Esto implica una restitución inmediata de las instituciones del Estado y del cuerpo de seguridad para así garantizar el orden y una transición (incluyendo la democracia misma) en observancia permanente de los derechos humanos.

La primera interrogante que aparece es si el momento en que realmente culminan las hostilidades equivale al término de la guerra en sí misma. Las fervientes objeciones respecto a la existencia de la guerra sin una declaración formal causan tanto debate como cuando un conflicto bélico finaliza, especialmente cuando surge bajo estas mismas circunstancias. Sin embargo, en términos generales, se reconoce que la guerra ha concluido una vez que cesan las hostilidades entre las partes (sea en el ámbito internacional o no internacional). Ocasionalmente, los tratados de paz no aparecen sino hasta tiempo después de que las hostilidades terminaron, en el momento en que las partes beligerantes empiezan a ejercer ciertas obligaciones, tales como la repatriación de los prisioneros de guerra o tomar el mando una vez que la ONU ha dejado de tener funciones en el territorio. No por ello la fecha en que termina la guerra se modifica, sino que únicamente sigue el reconocimiento legal.

Una de las preguntas más interesantes del DIH surge al momento en que concluye un conflicto armado. ¿Se puede decir que tan pronto termina la guerra comienza la paz? La respuesta es no, pues restablecer la paz no sólo implica concluir las hostilidades entre las partes, sino que también comprende la restauración de un orden político, económico, social y cultural. Siendo aún más precisos, el restablecimiento de la paz inicia cuando el conflicto armado aún persiste, pues los esfuerzos por terminar las hostilidades forman parte también de este mismo proceso. Desde el punto de vista del derecho, el restablecimiento de la paz implica la construcción de un nuevo cuerpo normativo que obedezca a las nuevas realidades del Estado; mientras esto sucede, el DIH necesita hacer su aparición para proteger a los grupos vulnerables, continuar con la liberación y repatriación de prisioneros de guerra, ubicar a los desplazados, promover el respeto a los derechos humanos, tomar decisiones respecto a los criminales de guerra a favor de la justicia y equidad, entre muchas otras cosas.

Para poder determinar la necesidad de un marco normativo para el restablecimiento de la paz, lo primero que se tiene que hacer es comprender e identificar los elementos existentes al respecto. Si bien existen una serie de conceptos que hacen referencia al restablecimiento de la paz, éstos no conforman un cuerpo uniforme de leyes, sino que están dispersos en distintos instrumentos internacionales, así como en los mismos usos y costumbres. Por ello, es preciso considerarlos dentro de su ámbito de aplicación actual para, posteriormente, identificarlos en un mismo texto normativo. Estos elementos son:

1. Peacemaking: un paso más allá de la guerra

El término “restablecimiento de la paz” (en inglés, *peacemaking*) tiene diversas acepciones. De manera general, se puede entender bajo dos grandes directrices: una que versa sobre la búsqueda de medios que pongan fin a las hostilidades por cualquier medio, y la otra que comprende el restablecimiento del *statu quo* anterior a la guerra (siendo un proceso de mucho más impacto).

El punto de partida aparece con la aceptación de que éste inicia al momento en que se busca (por distintos medios) concluir con el conflicto; en otras palabras, no se debe esperar a que el conflicto termine como tal para hablar de un restablecimiento de la paz. El restablecimiento de la paz involucra, entonces, los esfuerzos de negociación o de cualquier otro medio de solución pacífica de controversias que intente poner fin a las hostilidades.

Por su parte, algunos organismos e instrumentos reconocen al restablecimiento de la paz como una etapa más del conflicto armado, que aparece cuando la intervención diplomática ha fallado y las fuerzas de mantenimiento de la paz aún no han iniciado sus funciones; es decir, el restablecimiento de la paz representa ese momento de transición entre la negociación (u otro medio) y la acción. Otra acepción del término implica “restablecer” la paz en casos de violencia prolongada, como puede ser en aquellos casos donde se han cometido crímenes de guerra y crisis humanitaria que requieren de atención internacional.¹²

¹² Detter, Ingrid, *The Law of War*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2000, p. 344.

Mientras algunos lo asocian justamente a las definiciones anteriores, otros entienden al restablecimiento de la paz como una transición del estado de guerra al restablecimiento de las condiciones de paz que definían al Estado antes del conflicto (a largo plazo). Por ello, resulta acertado comprenderlo como un proceso que involucra al menos tres elementos: el famoso mantenimiento de la paz (en inglés, *peacekeeping*), la construcción de la paz (en inglés, *peacebuilding*) y el cumplimiento de la paz (en inglés, *peace enforcement*). En esta investigación, estos tres elementos son cruciales para obtener un contexto más rico para la posible implementación de un marco normativo postconflicto o *ius post bellum*, sustentado por el derecho internacional.

Si bien es cierto que este concepto es conocido en la comunidad internacional, el ex secretario general de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali, escribe sobre este proceso en su documento *Agenda for Peace*, en donde establece lo siguiente: “Acción de traer a las facciones hostiles a un acuerdo, esencialmente a través de medios pacíficos tal y como lo establece el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas; Resoluciones Pacíficas de Controversias”.¹³ En dicho sentido, el restablecimiento de la paz representa todo esfuerzo diplomático que busca que un conflicto armado se transforme en un diálogo donde las diferencias entre las partes se establezcan mediante representantes de las instituciones políticas y, con ello, lograr poner fin a las hostilidades. Para tal efecto, el derecho internacional hace uso de diversas herramientas, tales como la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje e, incluso, cortes internacionales para restablecer las condiciones de paz que caracterizaban al Estado en cuestión. Los esfuerzos de restablecimiento de la paz de la ONU citados por el secretario general comprenden una amplia variedad de acciones: el ejercicio de los buenos oficios del secretario general; emprender un proceso diplomático que termine con el conflicto, pero siempre excluyendo el uso de la fuerza, a menos que se dicte por el Consejo de Seguridad como una medida para facilitar el proceso de paz.¹⁴ Entre los

¹³ Es la traducción del siguiente texto: “action to bring hostile parties to agreement, essentially through such peaceful means as those foreseen in Chapter VI of the Charter of the United Nations; Pacific Settlement of Disputes”. Texto tomado desde Boutros-Ghali, Boutros, “An Agenda for Peace”, United Nations, 1992, disponible en: http://www.un.org/en/sc/reports/89-92/Chapter%208/GENERAL%20ISSUES/Item%2029_Agenda%20for%20peace_.pdf.

¹⁴ Ouellet, Julian, “Peacemaking”, Beyond Intractability, 2003, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacemaking/>.

ejemplos más conocidos se encuentran las pláticas de paz de Camp David, los acuerdos de Oslo, el arbitraje relacionado con la Guerra del Chaco, por mencionar algunos.

No cabe duda de que una guía normativa en la materia es justamente la Carta de las Naciones Unidas, donde se encuentran delimitados estos métodos para el restablecimiento de la paz a los que se han referido en el documento “*Agenda for Peace*”. Resulta importante destacar que desde la concepción de dicho organismo internacional en 1945 se contempla la búsqueda de medios como la negociación, la mediación, entre otros, para asegurar la paz y la seguridad internacionales bajo un marco de cooperación. De esta forma, en el artículo 33 de la Carta se especifican los modos de intervención pacífica que se han discutido anteriormente, mientras que los artículos 41 y 42 hacen alusión a sanciones, bloqueo y uso de la fuerza para restaurar la paz en los Estados en guerra. Estas especificaciones han sido amplificadas en varias declaraciones de la Asamblea General, incluyendo la Declaración de Manila de 1982 sobre la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales y la Declaración de 1988 respecto a la Prevención y Eliminación de Disputas y Situaciones que atenten contra la Paz y Seguridad Internacionales. También han sido acompañadas por diversas resoluciones de la Asamblea General, en especial la resolución 44/21 del 15 de noviembre de 1989 respecto a promover la paz y la seguridad internacionales, así como la cooperación internacional en todos los aspectos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.¹⁵

Ciertamente, el restablecimiento de la paz trae consigo costos políticos y económicos para las naciones interesadas en intervenir para terminar un conflicto. Es por ello que la negociación resulta ser el método más utilizado (e incluso favorecido por el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas), dado que en ellas intervienen mandatarios de primer nivel, al tiempo que las negociaciones multilaterales favorecen una mayor probabilidad de éxito al proceso.¹⁶ Sin embargo, es importante destacar que la Carta de las Naciones Unidas siempre respeta el concepto de la soberanía de los Estados (por ende, se encuentra acotada cuando se trata de una guerra civil); no obstan-

¹⁵ Boutros-Ghali, Boutros, *op. cit.*

¹⁶ “Peacemaking – Overview Conflict Management Toolkit”, Johns Hopkins University, School of Advanced International Studies, Conflict Management Program, 2006, disponible en: <http://www.sais-jhu.edu/cmtoolkit/approaches/peacemaking/methods.htm>.

te, en el documento *Agenda for Peace*, Boutros-Ghali cambia esta concepción para intervenir en conflictos armados no internacionales.

Más aún, el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas prevé la posibilidad de hacer uso de la fuerza como un recurso necesario para restablecer la paz. Es aquí donde es posible reencontrarse con el concepto de *peace enforcement*, que implica, precisamente, el uso activo de la fuerza como subsidiario para restaurar la paz. Entre las herramientas que usa el *peace enforcement* encontramos las sanciones, los bloqueos y la intervención militar (artículo 42 de la Carta de la ONU). Si bien las sanciones representan la medida más suave del uso de la fuerza, sus efectos pueden ser igual de devastadores —especialmente en las economías que intentan recuperarse de una guerra—. Resulta importante destacar su diferencia con el bloqueo, ya que las primeras buscan limitar las importaciones y exportaciones de un país en particular, mientras que el bloqueo involucra una prohibición activa de todo material o recurso que intente dejarlo salir el país, y, por ello, un bloqueo se considera como un motivo de guerra, debido a que constituye un atentado directo contra la soberanía de éste.¹⁷ Sin embargo, el recurso más agresivo de las medidas contempladas en dicho capítulo es la intervención directa que, en gran cantidad de ocasiones, se hace a través de una operación de imposición de la paz (en ellas no se cuenta con el consentimiento del Estado al que se está interviniendo). Generalmente, la intervención directa se realiza con la aprobación correspondiente de la comunidad internacional, representada a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Adicionalmente, se propone que la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹⁸ se convierta en una herramienta efectiva para la solución pacífica de controversias, especialmente en caso de una guerra interestatal o ante la amenaza de una (artículos 36 y 37 de la Carta de la ONU). Desafortunadamente,

¹⁷ Ouellet, Julian, *op. cit.*

¹⁸ El artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la CIJ será el órgano principal de las Naciones Unidas para la resolución de controversias judiciales. Su competencia es limitada, ya que sólo los litigios que los Estados mismos acepten que van a la Corte pueden ser resueltos por ella. Por una parte, es voluntaria cuando las partes, de común acuerdo, deciden qué materia será resuelta por la Corte, pero también puede ser obligatoria cuando las partes de un tratado han convenido en cláusula especial que cualquier controversia que emerja deberá referirse a ella. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 2009, pp. 328 y 329.

recurrir a la CIJ como método para el restablecimiento de la paz puede traer consigo algunas dificultades; un ejemplo se encuentra en el propio artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, donde establece que sólo los Estados pueden ser parte de la misma (por ende, una guerra civil no puede caer dentro de su competencia y tampoco un conflicto donde las partes no se hayan suscrito a la Corte, como es el caso de Estados Unidos), y otro problema es que no tiene mecanismos coercitivos para su cumplimiento. Existen otras cortes a nivel regional que buscan garantizar el respeto a los derechos humanos, así como la consecución de la justicia; sin embargo, durante y después de un conflicto armado a gran escala, éstas resultan limitadas. No cabe duda de que la CIJ tiene un importante potencial para el restablecimiento de la paz que, además de la voluntad política de los Estados, podría ser reforzado su uso mediante un mecanismo normativo que regule su aplicación en tiempos de guerra.

Continuando esta exploración por las herramientas existentes al respecto del restablecimiento de la paz, el DIH vislumbra que los Estados parte de los convenios de Ginebra y de la Carta de las Naciones Unidas tienen la responsabilidad de intervenir en casos de genocidio, quebrantamientos a la paz internacional y otro tipo de crisis humanitaria en aras de restablecer la paz en los territorios afectados por los enfrentamientos bélicos. Este pilar del derecho internacional se encuentra ampliamente identificado con la responsabilidad de proteger (R2P), iniciativa que se estudiará más adelante. Como ya se mencionó, este tipo de cláusulas se encuentran tanto en los convenios de Ginebra (por ejemplo, artículo 14 del IV Convenio de Ginebra) como en la Convención sobre Genocidio, tal como lo expresa su artículo 1o.: “Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.¹⁹

Si bien estos documentos invitan a los Estados parte a buscar medios para restablecer la paz ante amenazas a la misma, no existen documentos propios que regulen medios para mantener y construir la paz una vez que cesaron las hostilidades. Lo anterior ciertamente provoca lagunas legales que permiten la prolongación del conflicto o un potencial quebrantamiento de la paz en un futuro cercano. Por ejemplo, los convenios de Ginebra terminan

¹⁹ CICR, Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.

su aplicación hasta el momento en que cesan las hostilidades, tal como expresa el artículo 6o. del IV Convenio:

El presente Convenio se aplicará desde el comienzo de todo conflicto u ocupación mencionados en el artículo 2o. En el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del Convenio terminará con el cese general de las operaciones militares. En territorio ocupado, la aplicación del Convenio terminará un año después del cese general de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación... Las personas protegidas, cuya liberación, cuya repatriación o cuyo reasentamiento tenga lugar después de estos plazos, disfrutarán, en el intervalo, de los beneficios del presente Convenio.²⁰

El artículo 3o. del Protocolo adicional I de los convenios de Ginebra enriquece algunos elementos sobre el principio y fin de la aplicación de éstos. En este artículo se habla sobre las disposiciones aplicables en todo momento, entre las que se encuentran los artículos cuya aplicación con un conflicto puede prolongarse tras su terminación, tales como los desaparecidos (artículo 33), los restos de las personas fallecidas (artículo 34), las reuniones de las familias dispersas (artículo 74), la evacuación de los niños (artículo 78), la asistencia mutua judicial en materia penal (artículo 87), la cooperación (artículo 89) y la responsabilidad (artículo 91). Adicionalmente, también el artículo 3o. hace hincapié en que la aplicación del Convenio y de los protocolos puede prolongarse para circunstancias de personas con una liberación definitiva, repatriación o reasentamiento que aún están en espera de estos derechos.²¹ Vemos cómo el DIH sí considera algunas situaciones postconflicto que trabajan en pro de una paz duradera, aunque aún queda por trabajar en un cuerpo normativo uniforme que regule propiamente el restablecimiento de la paz, su mantenimiento y su consolidación.

Es por ello por lo que hablar del restablecimiento de la paz o *peacemaking* no representa el paso final en el proceso de paz. Como las situaciones

²⁰ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (Convenio IV), disponible en: <http://www.pgjd.f.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/15-A-6.pdf>.

²¹ CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Colombia, CICR, t. I, pp. 101-104.

en el Medio Oriente o en la ex Yugoslavia lo demuestran, toma más de un acuerdo de paz y negociaciones para traer paz a la región de nueva cuenta. El tratado de paz o cese de hostilidades es sólo el inicio, pues de ahí derivan acciones que mantienen y construyen una paz sustentable y duradera en las regiones en conflicto. Por ello, resulta indispensable comprender estos elementos.

2. Operaciones de mantenimiento de la paz: *peacekeeping*

Como se ha mencionado en el apartado anterior, si bien restablecer la paz involucra una etapa de intervención en el conflicto para que cesen las hostilidades, un restablecimiento de la paz sustentable requiere de otros esfuerzos, tal como el mantenimiento de la paz o *peacekeeping*. Como marco introductorio, se ha mencionado que *peacekeeping* es una operación internacional “incierto, impredecible y no regulada”.²²

Tradicionalmente, el mantenimiento de la paz se entiende como una técnica creada, con el principal objetivo de preservar la paz —toda vez que las agresiones han finalizado— así como la implementación de aquellos acuerdos alcanzados por los negociadores.²³ Afortunadamente, el concepto ha evolucionado en los últimos años al pasar de una simple misión de observación para el cese al fuego para ahora considerar una amplia gama de elementos, que van desde militares, policías y civiles trabajando juntos para construir una paz verdaderamente sustentable. Esta labor ha sido generalmente reconocida por la Sociedad de Naciones (antiguamente) y por Naciones Unidas; incluso, desde mediados de los noventa, algunas organizaciones regionales han participado con misiones especiales para restaurar la estabilidad de sus respectivas regiones (por ejemplo, todas aquellas desplegadas por la Unión Africana), de acuerdo con el capítulo VIII de la Carta de la ONU.

El origen del mantenimiento de la paz tiene raíz en distintos fenómenos. Se dice que su primera aplicación fue cuando tropas estadounidenses par-

²² Diehl, Paul F., *International Peacekeeping*, Londres, Johns Hopkins Paperbacks, 1994, p. 5.

²³ ONU, “Capstone Doctrine”, United Nations, 2008, disponible en: http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf.

tipicaron en la invasión a Granada, siendo llamadas Caribbean Peace Keeping Forces. De tal manera, se reconoce como *peacekeeping* a todo esfuerzo internacional que involucre a un componente operacional para promover la terminación de un conflicto armado o la resolución de disputas de largo plazo. Esta definición permite concebir acciones militares para castigar al agresor, al tiempo que involucra esfuerzos multilaterales para lograr la negociación. Tomando como referencia que el mantenimiento de la paz parte de los principios de la seguridad colectiva y la observación de la paz, una de las mayores aceptaciones la define como “La prevención, contención, moderación y terminación de las hostilidades, a través de la intervención de un tercero pacífico, organizado y dirigido internacionalmente, utilizando fuerzas multinacionales de soldados, policías y civiles con el fin de restablecer y mantener la paz”.²⁴

El mantenimiento de la paz implica la intervención de organizaciones internacionales, tales como Naciones Unidas, para procurar el proceso de paz. Particularmente, Naciones Unidas tiene una intervención fundamental en esto gracias a la participación de fuerzas de mantenimiento de la paz o *peacekeeping missions*.²⁵ Una misión u operación de mantenimiento de la paz se define como

[el] despliegue de la presencia de las Naciones Unidas en el campo, con el consentimiento de todas las partes involucradas, donde normalmente se involucran milicias de las Naciones Unidas y/o personal de policía y población civil de manera

²⁴ Es la traducción del siguiente texto: “The prevention, containment, moderation, and termination of hostilities, through the medium of a peaceful third party intervention, organized and directed internationally, using multinational forces of soldiers, police, and civilians to restore and maintain peace”. Diehl, Paul F., *op. cit.*, p. 8.

²⁵ Es importante distinguir entre las misiones de observación y las misiones de mantenimiento de paz. Las primeras están compuestas por fuerzas armadas de aquellos Estados que aportan personal y su mandato consiste en supervisar el cumplimiento o no de los acuerdos de paz previamente alcanzados (no están armados). Ante ello, sólo verifican, supervisan e informan a la ONU. Un ejemplo podría ser la UNMOGIP (Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas en la India y Pakistán), que actúa desde enero de 1949. Por lo que respecta a las fuerzas de mantenimiento de la paz, están conformadas por oficiales y tienen la capacidad de llevar armas ligeras utilizadas únicamente para defensa personal. Además de la observación, tienen el mandato de una participación eficaz para mantener o crear condiciones de paz y seguridad, separar a las partes en conflicto, evitar a toda costa que el conflicto se reanude, hacer respetar los derechos fundamentales. Un ejemplo de éstas es la UNPROFOR (Operaciones de las Naciones Unidas en la Ex Yugoslavia).

ocasional. Peacekeeping es una técnica que expande las posibilidades tanto para la prevención de conflictos como para la creación de la paz.²⁶

Las actividades de mantenimiento de la paz establecidas por la ONU son un instrumento de ayuda para aquellos países afectados por conflictos armados y con dificultades para crear una paz duradera. La primera de estas operaciones se estableció en 1948 para vigilar el armisticio entre Israel y sus vecinos árabes; sin embargo, en los setenta años de existencia de operaciones se han desplegado un total de 71, estando 14 de ellas aún activas.²⁷ Actualmente, existe un departamento específico que se encarga del monitoreo y seguimiento de los mandatos de las diferentes operaciones dentro de la estructura de Naciones Unidas, pero sigue haciendo falta en el derecho internacional este marco normativo que permita tener más posibilidades en las funciones que se desempeñan con estos fines en el sistema de Naciones Unidas.

Como tal, la expresión “operaciones de mantenimiento de la paz” no está contenida en la Carta de las Naciones Unidas, sino que fue su segundo secretario general, Dag Hammarskjöld, quien afirmaba que se encontraba entre los capítulos VI y VII, aunque generalmente se invoca el capítulo VII al hablar de ello, bajo la premisa de que el capítulo IV trata sobre la solución pacífica y el VII sobre acciones frente al quebrantamiento de la paz. Por ello, el principal fundamento de su existencia es la presencia imparcial de tropas multinacionales en aras de aliviar las tensiones y facilitar los acuerdos de paz previamente negociados. Es precisamente esta perspectiva la que cambia la concepción diplomática de “imposición de la paz”, utilizada anteriormente, por “mantenimiento de la paz”.²⁸

²⁶ Es la traducción del siguiente texto: “...deployment of a United Nations presence in the field, hitherto with the consent of all the parties concerned, normally involving United Nations military and/or police personnel and frequently civilians as well. Peace-keeping is a technique that expands the possibilities for both the prevention of conflict and the making of peace”, Boutros-Ghali, Boutros, *op. cit.*

²⁷ ONU, “Operaciones de mantenimiento de la paz”, Naciones Unidas, 30 de abril de 2011, disponible en: <http://www.un.org/spanish/peace/dpko/bnote.htm>. Para más información al respecto sobre los recursos y alcances de las operaciones de mantenimiento de la paz, favor de consultar el siguiente documento, disponible en: http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/fact_sheet_es.pdf.

²⁸ Fuente, Cobo, “Operaciones de paz para el siglo XXI: un concepto en evolución”, Centro de Estudios de Análisis de Seguridad de la Universidad de Granada, 2004, disponible en:

De lo anterior se acotan las características que definen las operaciones de mantenimiento de la paz, que son:²⁹

- 1) *El no uso de la fuerza*: están diseñadas para desplegarse “después” de que las hostilidades han concluido; no son fuerzas militares parte de un conflicto. Asimismo, no intentan asegurar un territorio o intervenir militarmente; trabajan a través de mecanismos de construcción de la confianza.
- 2) *La capacidad militar limitada*: sólo cuentan con armas ligeras que incluyen rifles, así como vehículos de transportación local. Las fuerzas de mantenimiento de la paz están instruidas para únicamente tomar las armas con fines de defensa personal cuando la vida o la integridad de su persona se vean amenazadas.
- 3) *La neutralidad*: por ningún motivo, el mantenimiento de la paz debe favorecer a alguna de las partes en conflicto. Por tal motivo, las fuerzas que van a asegurar la paz tienen una composición multinacional, a manera de evitar cualquier tipo de inclinación a una causa.
- 4) *El permiso del país receptor*: respetando el principio mismo de soberanía, las operaciones de mantenimiento de la paz reconocen a los Estados y le confieren al mismo la responsabilidad de buscar vías para mantener la paz y la seguridad.

La mayoría de las operaciones/misiones de mantenimiento de la paz están construidas con mandatos complejos que buscan apoyar a las autoridades nacionales en la reconstrucción de aquellas naciones que han estado inmersas en largos años de conflicto. Cada operación cuenta con un mandato distinto que intenta atacar particularmente el conflicto en cuestión, al tiempo de estar limitado a las especificaciones ahí señaladas. Sin embargo, la mayoría abarca la detección de violaciones al cese al fuego; interposición entre las partes en conflicto; mantenimiento del orden y la ley, ya que muchas veces actúan como policías locales, y rol activo en acciones humanitarias. Estas operaciones de paz buscan asistir tanto en la provisión de seguridad y orden público en poblaciones afectadas como también apoyan la

<http://www.ugr.es/~ceas/Misiones%20de%20paz/Operaciones%20de%20paz%20para%20el%20siglo%20XXI.pdf>

²⁹ Diehl, Paul F., *op. cit.*, pp. 4-11.

restauración de los servicios fundamentales, al tiempo que ayudan a mitigar las causas que ocasionaron el conflicto en primera instancia.

Así pues, sus cuatro condiciones básicas son un mandato claro y práctico; cooperación entre las partes para implementar el mandato; apoyo continuo del Consejo de Seguridad, y destreza de los Estados miembros para contribuir con el personal militar, civil y policiaco —incluyendo oficiales políticos, monitores de derechos humanos, oficiales electorales y especialistas en ayuda humanitaria y refugiados—. ³⁰ Como se ha visto en las características de las misiones de paz, una de las grandes áreas de oportunidad de los mandatos radica en la incapacidad de usar la fuerza de manera inmediata, incluso cuando la protección de los derechos humanos está en juego (tal como sucedió en Ruanda en la década de los noventa, donde aun cuando el personal de la ONU era testigo de la masacre, estaba imposibilitado a utilizar la fuerza como medida de contención).

De manera particular, las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas son instauradas con base en un mandato establecido por el Consejo de Seguridad (CS), donde se especifican las tareas y operaciones que la misión debe ejecutar frente a un conflicto en particular, así como la función de la naturaleza y contenido del acuerdo de paz alcanzado por las partes. ³¹ De igual forma, para establecer su mandato, el CS hace hincapié en una serie de temáticas que afectan en el entorno internacional, como la protección de los civiles en los conflictos armados (resolución CSNU 1674 de 2006); mujeres, paz y seguridad (resolución CSNU 1325 de 2000), y los niños y los conflictos armados (resolución CSNU 1612 de 2005). A pesar de lo anterior, existe un considerable grado de consistencia en los mandatos asignados a cada misión. ³² Bajo el mismo tenor, mucho se ha criticado respecto a la incapacidad de accionar más allá de lo que marca el mandato, por lo que en caso de requerir nuevos recursos para atacar un problema, se tiene que revisar el mandato en su totalidad y modificarlo.

³⁰ Fleco, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Nueva York, Oxford, 2008, p. 635.

³¹ Las operaciones de paz modernas se han ocupado especialmente del postconflicto. Numerosos actores proveen asistencia humanitaria y apoyan los esfuerzos de construcción de la paz a largo plazo en conjunto con las instituciones locales. Algunas de las actividades que incluye este mandato son alivio humanitario, estabilidad económica, no corrupción, inversión en infraestructura, seguimiento de la ley a largo plazo, asistencia técnica, construcción de instituciones, apoyo a la pobreza.

³² Fleco, Dieter, *op. cit.*

El fundamento jurídico de las operaciones de mantenimiento de la paz se encuentra en la misma Carta de las Naciones Unidas, donde desde el artículo 1.1 se establece claramente que el principal propósito de la organización es mantener la paz y la seguridad internacionales. Para cumplirlo, la ONU dispone de la posibilidad de ordenar medidas colectivas eficaces para la solución de controversias. Por ello, es necesario hacer hincapié en el propio juego entre la Asamblea General y el CS al interior del organismo. Aunque la Asamblea General tiene la competencia para discutir de cualquier asunto que le atañe a la Carta (artículo 10), ésta se encuentra limitada por las actuaciones del CS (artículo 11 y 12), ya que es este Consejo quien tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (artículo 24) y, sobre todo, con la facultad de que sus decisiones sean coercitivas. A pesar de que la Asamblea General puede recomendar los medios para la solución de controversias, es el CS quien puede dictaminar si se trata de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (artículo 39), y ordenar expresamente una acción coercitiva.³³ Si bien las operaciones de mantenimiento de la paz no están expresamente plasmadas en la Carta, hay quienes dicen que se trata de una enmienda práctica al documento, o bien las consideran como organismos subsidiarios creados por la Asamblea General (artículo 22) o por el CS (artículo 29).³⁴ Finalmente, lo que da legitimidad a la ONU para estas misiones es el consentimiento del Estado en el que se vayan a realizar las actuaciones.

Otro de los fundamentos jurídicos que legitiman las operaciones de mantenimiento de la paz son sus reglas de enfrentamiento (en inglés, *rules of engagement* o *ROE*). Estas reglas proveen la autoridad legal para el uso de la fuerza, especificando el momento y la manera en que el personal puede actuar e, incluso, aquellas circunstancias en las que se aplica una fuerza

³³ La diferencia entre estos conceptos es sutil pero relevante. Mientras una amenaza a la paz constituye una situación de particular tensión que requiere la observación y la supervisión de un posible conflicto, el quebrantamiento de la paz aparece cuando ya se hizo efectiva la violencia y existen altas probabilidades de un estallido bélico. Finalmente, un acto de agresión representa una acción de una parte que podría ser considerada como causante de conflicto; sin embargo, no provoca directamente una conflagración. No obstante, para la amenaza de la paz únicamente se aplican medidas colectivas que no impliquen el uso de la fuerza.

³⁴ Valladares, Gabriel Pablo y Consigli, José Alejandro, “Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 3 de septiembre de 1998, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlhv.htm>.

mortal. Ejemplos de ello incluyen la prohibición de usar armas químicas o biológicas, minas personales, así como actos de vandalismo o ataques a los monumentos artísticos y culturales. Las reglas se encuentran contenidas en las resoluciones del CS y son designadas caso por caso, siempre con la intención de ser claras y simples. La gran innovación de estas reglas radica en la capacidad de justificar el uso de la fuerza cuando se determina necesario, aunque su naturaleza casuística limita la estandarización de conceptos y normas aplicables a todo tipo de conflicto; he ahí una razón más para documentarlo en un cuerpo normativo.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el marco básico de referencia respecto a los estándares que deben respetarse, especialmente las libertades universales. Como parte integral de su mandato, las operaciones de mantenimiento de la paz deben conducirse con estricto apego a los derechos humanos y buscar progresos en la materia en sus áreas de influencia. De manera especial, todo el personal debe ser capaz de reconocer abusos y violaciones a los derechos humanos y estar preparado para responder efectivamente a éstos, siempre en vista de los límites de su mandato y competencia.

En el campo del DIH se encuentra el cuerpo normativo que regula un conflicto armado, así como las convenciones y tratados de protección de la propiedad cultural y medio ambiente durante las conflagraciones, al igual que la protección a las víctimas del conflicto, pero no ve más allá de éste: “Este cuerpo normativo jurídico, consuetudinario y convencional, no tiene el mandato de resolver las cuestiones complejas relativas a la prevención de los conflictos o el restablecimiento de la paz. Esto último es tarea principal de la Organización de las Naciones Unidas”.³⁵ En consideración de ello, para las operaciones de mantenimiento de la paz resulta profundamente relevante, en tanto que las misiones se efectúan en el postconflicto, donde todavía existen posibilidades de que la violencia continúe o que el conflicto resurja. También el personal de las operaciones debe conocer y comprender los principios del DIH, a fin de identificar a los grupos protegidos y vulnerables, como son los prisioneros de guerra, en caso de que se sigan presentando abusos a los mismos. Los principios y reglas fundamentales del DIH que son aplicables al personal de operaciones de mantenimiento de la

³⁵ *Idem.*

paz se encuentran contenidos en el boletín del secretario general sobre el respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas (ST/SGB/1999/13) del 6 de agosto de 1999.³⁶

Siguiendo con el DIH, es relevante reconocer que la ONU no tiene la capacidad de ser parte del DIH convencional, pero admite su obligación de observar el consuetudinario. A pesar de ello, el personal de la misión de paz debe salvaguardar en todo momento el cumplimiento de estas disposiciones en el postconflicto o, en su caso, durante el resurgimiento del mismo; así pues, las necesidades humanitarias siempre deben estar sobre las militares. La ONU establece que las operaciones mantienen aplicables los “principios y espíritu” del DIH y, con ello, demarca un cuerpo normativo base que —en la medida de lo posible— regula y sirve de pauta para las actuaciones de estas fuerzas.³⁷

Sin embargo, pueden presentarse situaciones en las que el personal de mantenimiento de la paz se vea involucrado en el conflicto, ya sea porque es objeto de hostilidades o porque está obligado a usar la fuerza en defensa propia. Cuando esto sucede, el personal recibe la protección de los convenios de Ginebra en cuanto a métodos y medios de combate, personas protegidas y respecto de los signos distintivos, pero no son considerados como prisioneros de guerra o aplicables a las sanciones penales (artículo 8o. de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado). En caso de que el personal de la operación viole el DIH, será competencia de los Estados que suministran los contingentes hacerse cargo penalmente de los culpables, sobre todo porque los miembros de la ONU son mayoritariamente signatarios de los convenios relativos al DIH.³⁸

Por consiguiente, las operaciones de mantenimiento de la paz aparecen como un mecanismo adicional que, dependiendo de su mandato específico, salvaguardan los esfuerzos de paz y procuran una transición adecuada al Es-

³⁶ Ryniker, Anne, “Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, 31 de diciembre de 1999, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdnw3?opendocument>.

³⁷ CICR, “¿Es aplicable el derecho internacional humanitario en las operaciones de mantenimiento o de restablecimiento de la paz desplegadas por las Naciones Unidas o bajo sus auspicios?”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1o. de enero de 2004, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLJP>.

³⁸ Valladares, Gabriel Pablo y Consigli, José Alejandro, *op. cit.*

tado transformado por la guerra. Sin embargo, además de la necesidad de un cuerpo normativo que sea marco general para este tipo de operaciones, es necesario superar las dificultades de personal, de logística y de uso de la fuerza cuando la estabilidad está en juego.

3. *El futuro de la paz: peacebuilding*

Como se ha mencionado anteriormente, el acuerdo de paz es sólo el inicio, pues éste va seguido por un proceso de largo plazo conocido como la construcción de la paz o *peacebuilding* que, de acuerdo con Boutros-Ghali se entiende como “el proceso de normalización de las relaciones y reconciliación de diferencias entre todos los ciudadanos de las facciones en conflicto”.³⁹ Otras concepciones, mayoritariamente de organizaciones no gubernamentales, conciben a la *peacebuilding* como todo el proceso de paz, que inicia desde los avisos iniciales hasta el mantenimiento de la paz.

Con la construcción de la paz, cerramos uno de los ciclos más importantes por los que ha trabajado Naciones Unidas en los últimos años: al tiempo que la diplomacia preventiva busca resolver las disputas antes de que la violencia aparezca, el restablecimiento y el mantenimiento de la paz son requeridos para poner freno a los conflictos y preservar la paz. Si logra ser exitoso, aparece la oportunidad de fomentar la construcción de la paz, que busca, como fin último, prevenir la recurrencia de la violencia entre naciones y personas. Así, tanto la diplomacia preventiva como la consolidación de la paz se encuentran en un mismo punto: mientras el primero evita una crisis que quebrante la paz, el otro evita la recurrencia de cualquier conflicto que quebrante la paz. Sin embargo, evitar la recurrencia de conflictos puede resultar tan complejo como el evitar que surjan los mismos.

En esta etapa postconflicto se llevan a cabo actividades que implican un fin definitivo al conflicto, tales como el desarme de las partes en conflicto, la restauración del orden, la custodia de armamento, la repatriación de refugiados, el entrenamiento al personal de seguridad, el monitoreo de elec-

³⁹ Es la traducción del siguiente texto en inglés: “the process of normalizing relations and reconciling differences between all the citizens of the warring factions”. Boutros-Ghali, Boutros, *op. cit.*

ciones, la promoción de los derechos humanos, reformar y/o fortalecer las instituciones de gobierno, así como fomentar procesos de participación política. Todas y cada una de estas actividades representan una oportunidad adicional de fortalecer al Estado desgarrado por la guerra, así como alcanzar un nuevo *statu quo* definido por la paz. De igual forma, estos elementos se deben considerar para la creación de un nuevo marco normativo que garantice la paz duradera y no sólo el terminar “temporalmente” con el conflicto.

En la secuela de una guerra internacional, los esfuerzos de construcción y consolidación de la paz deberían radicar en la implementación de proyectos concretos de cooperación que unan a dos o más países en condiciones de entendimiento y que, sobre todo, fomenten el surgimiento de un clima de confianza. Lo anterior, en atención de que, al ser un proceso a mediano y largo plazo, uno de los mayores errores se ubica en realizar actividades que resuelvan el problema inmediato, pero que no erradiquen la causa de origen. Otro de los grandes problemas que enfrenta la reconstrucción de la paz es la eliminación de todas las minas utilizadas durante el conflicto, pues representan un obstáculo directo a la consolidación de actividades como la agricultura, además del riesgo que conllevan. Actualmente, Naciones Unidas ha puesto un foco particular en la recuperación de estas armas, dado los problemas que han ocasionado al momento de intentar reconciliar a las partes.

En función de los adelantos y las dificultades que implica, el objetivo central de la consolidación de la paz es crear una paz duradera pero, sobre todo, sustentable. Así pues, se busca la ausencia de cualquier brote de violencia física y estructural, se elimine la discriminación y se promueva un ambiente de resolución de conflictos o administración de conflictos. He ahí la singularidad de este proceso que, si bien implica años de trabajo constante y una cultura de paz, se concentra en terminar los problemas de fondo y en modificar las interacciones sociales entre las partes. Todo postconflicto en la actualidad debería orientarse a este tipo de prácticas que, si bien implican situaciones delicadas donde la negociación y la diplomacia deben ser el eje rector, los beneficios a largo plazo revelan la fortaleza de este proceso.⁴⁰

⁴⁰ Maiese, Michelle, “Peacebuilding”, Beyond Intractability, 2003, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacebuilding/>.

Es importante comprender que el fracaso o debilidad del restablecimiento y el mantenimiento de la paz ponen en juego la consolidación de la paz, en tanto que se intenta construir sobre bases endebles que en cualquier momento parecen derrumbarse. He ahí el motivo por el cual ningún proceso es más importante que el otro, sino más bien constituye un proceso interrumpido de transformación de un nuevo Estado. Asimismo, actividades como la celebración de elecciones, la instauración de nuevas instituciones de gobierno, la presencia de grupos subversivos dentro del Estado y la pobreza regeneran la tensión entre las partes y ése es el momento de ampliar los esfuerzos y evitar una recaída en el quehacer bélico.

A pesar de la fortaleza de los principios que acompañan a la consolidación de la paz, su práctica involucra un seguimiento cercano, en primer lugar, de las fuerzas de mantenimiento de paz y, posteriormente, de las autoridades del Estado, que no siempre es atendido puntualmente. De la misma manera, los mandatos de las operaciones de mantenimiento de la paz deben de tener una perspectiva a futuro, donde se articulen elocuentemente metas estructurales, sistémicas e interactivas en aras de prevenir que cualquier conflicto vuelva a aparecer. El futuro de la paz aparece aquí mientras se trabaja en que la población se adecue a este pensamiento de solución de controversias de manera automática y se eliminen las diferencias tradicionales por cooperación y proyectos que promuevan el bienestar de todos: en ese momento, estaríamos hablando de una nueva etapa en la naturaleza bélica del hombre.

4. *La responsabilidad de proteger: R2P*

Conforme transcurre el tiempo y los conflictos bélicos se recrudecen, la comunidad internacional se ha percatado de la existencia de algunos crímenes en tiempos de guerras que minan severamente la seguridad de las comunidades y del individuo. Mayoritariamente, se identifican los tres crímenes definidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y que, en gran cantidad de ocasiones, ocurren sin menor reparo.⁴¹ En busca

⁴¹ Si bien Estados Unidos y otros países no son parte de la Corte Penal Internacional, se han buscado otras maneras en que estos países participen y reconozcan las definiciones y atribuciones de tales atrocidades. En respuesta, países como Estados Unidos son signatarios de otros instrumentos jurídicos, como la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

de una reparación a las víctimas, la comunidad internacional ha buscado la tipificación de estos crímenes a manera de regular cualquier tipo de irregularidad.

El primero de ellos es el genocidio, que se entiende como la matanza, la lesión grave a la integridad física o mental, el sometimiento intencional, el impedimento de nacimientos o el traslado por la fuerza a niños del grupo a otro grupo con la intención de “destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.⁴² Asimismo, aparece el crimen de lesa humanidad, que implica un ataque generalizado a la población civil, como asesinato, exterminio, esclavitud, traslado forzoso, tortura, violencia sexual, persecución, desaparición o *apartheid*. Finalmente, tenemos a los crímenes de guerra, que implican agresiones graves que violen el Convenio de Ginebra de 1949, que pueden incluir el matar intencionalmente, la tortura, el destruir bienes y apropiarse de ellos, el confinamiento ilegal, la toma de rehenes, entre otros.⁴³

Si bien la soberanía es el principio que rige y determina las reglas de acción, no se puede negar que este concepto está en un proceso de transformación y que, ante cualquier crisis, la comunidad internacional exige respuestas adecuadas a las situaciones de violación generalizada. En consideración de esto, la soberanía ya no puede ser usada como obstáculo para impedir la eficiente y rápida ayuda internacional en situaciones de atrocidad a la población civil (es posible encontrar hasta 217 millones de muertes en el siglo pasado por Estados que no tomaron medidas al momento de que eran necesarias).⁴⁴

Evidentemente, la continuidad de este tipo de crímenes, así como la inexistencia de un marco normativo específico del derecho internacional para una etapa de postguerra que castigue efectivamente a los criminales ante cortes internacionales, han provocado que Naciones Unidas, como or-

⁴² El Estatuto de Roma tiene bajo su jurisdicción únicamente la condena de estos delitos en particular. Cualquier otro caso que no se vincule directamente con los crímenes establecidos no podrá ser llevado a la Corte Penal Internacional. Vale la pena mencionar que antes de su existencia se habían creado tribunales *ad hoc* para juzgar ciertos casos en particular, como lo son Ruanda y ex Yugoslavia. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/spanish/law/icc/>.

⁴³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/spanish/law/icc/>.

⁴⁴ “La responsabilidad de proteger”, *El País*, 24 de julio de 2009, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/responsabilidad/proteger/elpepiopi/20090724elpepiopi_5/Tes.

ganismo portador de la comunidad internacional, haya decidido retomar un concepto que pretende justamente actuar ante este tipo de circunstancias —ya sea durante o después del conflicto—. Este concepto se conoce como la responsabilidad de proteger (R2P, por sus siglas en inglés).

Para el marco normativo de este concepto, es preciso reconocer la responsabilidad del CS para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (de acuerdo con el artículo 24 de la Carta de Naciones Unidas);⁴⁵ las obligaciones legales específicas respecto a diversas declaraciones sobre derechos humanos, tratados internacionales, derecho humanitario internacional y legislación nacional, y el desarrollo de prácticas acordes al principio por parte de los Estados, las organizaciones regionales y el mismo CS.⁴⁶

La R2P aparece entonces como una doctrina que se centra en la responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional para proteger a sus poblaciones de atrocidades como genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y limpieza étnica.⁴⁷ En este sentido, la R2P interviene humanitariamente por medio de acciones —bilaterales o multilaterales— bajo un marco de política de diplomacia defensiva que, en último recurso, buscaría el uso de la fuerza. El objetivo principal de estas acciones es la protección de cualquier ciudadano en defensa de la dignidad humana y el derecho a una vida. Es precisamente en este punto donde difiere de la intervención humanitaria, ya que mientras esta última reivindica la intervención unilateral preventiva, la R2P parte de

... la acción multilateral y colectiva, a la vez que ofrece a la comunidad internacional una amplia gama de medidas para responder, de manera oportuna y decisiva, ante una catástrofe inminente: desde una diplomacia enérgica y el despliegue de

⁴⁵ El artículo 24 menciona: “1. A fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”. ONU, “Carta de las Naciones Unidas”, Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter5.shtml>.

⁴⁶ ICISS Commission Report, The Responsibility to Protect, 2001, disponible en: <http://www.iciss.ca/report-en.asp>.

⁴⁷ Revilla Montoya, Pablo César, “Hacia la responsabilidad para proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias”, *Biblioteca Jurídica*, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/7/cmt/cmt18.pdf>.

observadores, hasta la imposición de sanciones y el uso de la fuerza como último recurso.⁴⁸

En este sentido, lucha para que la protección de civiles no quede completamente sujeta al interés político o condenada al olvido ante la división o falta de compromiso de la comunidad internacional.⁴⁹

Sin duda alguna, la comunidad internacional debe definir reglas claras sobre las circunstancias y acciones que implica la R2P. En este sentido, se presupone que los países deben estar alertas a los posibles conflictos al interior de los Estados, resaltando que el uso de fuerza militar es el último de los recursos posibles. Además, el principio de R2P hace hincapié en la responsabilidad de vigilar y prevenir, más que de reaccionar o reconstruir.⁵⁰

Hablando propiamente del concepto, la R2P nació del informe de la International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) en diciembre de 2001 como una respuesta al entonces secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, que preguntó: ¿cuándo la protección a la gente de las violaciones gravísimas del derecho humanitario y el derecho internacional —genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica— tendrán prioridad sobre la soberanía?⁵¹

Más aún, la R2P implica más que una respuesta a una pregunta en particular, pues constituye un eje rector de la futura política internacional. En este sentido, se puede especificar que parte de dos principios básicos:

- 1) La soberanía del Estado implica responsabilidad y, precisamente, su responsabilidad primaria es la de la protección de los individuos dentro de sus territorios. Así pues, en ningún momento se pone en juego la soberanía de los Estados o se está minando este principio fundamental; en todo caso, se le está dotando de atribuciones integrales.

⁴⁸ “La responsabilidad de proteger”, *El País*, 24 de julio de 2009, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/responsabilidad/proteger/elpepiopi/20090724elpepiopi_5/Tes.

⁴⁹ Garrigues, Juan, “La responsabilidad de proteger: de un principio ético a una política eficaz”, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), disponible en: <https://xdoc.mx/documents/la-responsabilidad-de-proteger-de-un-principio-etico-a-una-60163bb27906a>.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ “Diálogo sobre la responsabilidad de proteger: perspectivas latinoamericanas”, A Project of the Institute for Global Policy, disponible en: www.responsibilitytoprotect.org/index.php?module=uploads...542.

- 2) Resulta aplicable para aquellos lugares donde la población está sufriendo graves daños como resultado de la guerra interna, grupos insurgentes o represión-falla del Estado. Adicionalmente, el Estado se presenta incapaz de dar una respuesta o de combatir el problema.⁵²

Igualmente, el concepto de R2P implica tres esferas de acción; es decir, no se limita exclusivamente a proteger en el sentido amplio de la palabra, sino que abarca elementos para su efectivo funcionamiento.⁵³ Así pues, los elementos que integran la R2P son:

- a) *Responsabilidad para prevenir*: reconoce las causas de origen (es decir, aquellas de raíz que pueden originar el conflicto), así como las causas directas (las que detonan las hostilidades), de un conflicto interno o cualquier otra crisis que ponga en riesgo a una población.
- b) *Responsabilidad para reaccionar*: busca responder eficazmente a situaciones que involucran ayuda humanitaria con las medidas apropiadas, incluyendo medios coercitivos, como sanciones, prosecución de delitos o, en última instancia, intervención militar. La responsabilidad para reaccionar es aplicable una vez que las medidas preventivas han fallado en resolver o contener la situación y cuando el Estado es incapaz de atender el caso. Ahora bien, dado que la intervención militar es un recurso posible —aunque sólo debe usarse en última instancia—, su aplicación debe limitarse a una serie de principios que le presten un carácter de legitimidad por parte de la comunidad internacional, en lugar de ser considerada simplemente como un instrumento de dominación. Estos principios son: 1) causa justa, es decir, que exista un daño grave e irreparable a seres humanos debido a una gran pérdida de vidas o la comprobación de actos como la “limpieza étnica”; 2) principios precautorios, que incluyen la intención adecuada para evitar el sufrimiento de la población, y que la intervención constituya el último recurso, ya que todas las medidas por la vía diplomática han fracasado, siempre siguiendo medios proporcionales y que exista un prospecto razonable de éxito; 3) una autoridad legítima, tal como

⁵² ICISS Commission Report, *op. cit.*

⁵³ Los tres elementos son explicados exhaustivamente en el reporte, los cuales se explican a continuación de la misma fuente. *Idem.*

el CS de Naciones Unidas, para autorizar la intervención militar con fines de protección de seres humanos, además de contar con el compromiso de los cinco permanentes⁵⁴ de no aplicar el veto en circunstancias de esta índole; 4) principios de operación, que se centren en objetivos claros, una cadena de mando bien organizada y la aceptación de limitantes al hacer uso de la fuerza, pues el objetivo es proteger a la población —y no acabar con el Estado—, así como establecer reglas precisas y maximizar las posibilidades de coordinación con organizaciones humanitarias.⁵⁵

- c) *Responsabilidad para reconstruir*: proveer, en particular tras una intervención militar, asistencia plena para recuperar, reconstruir y reconciliar las causas del daño, así como todos aquellos afectados por el mismo conflicto. El adecuado seguimiento y reconstrucción de una población tras la intervención militar resulta indispensable en consideración de la incapacidad de un Estado de proteger a su población en el momento de la crisis, por lo que su autoridad se ha visto severamente minada.

Es precisamente en la responsabilidad para reconstruir donde es posible encontrar grandes áreas de oportunidad desde el punto de vista normativo, pues si bien hay mecanismos para prevenir las hostilidades o responder a las crisis humanitarias, no existen fundamentos que posibiliten una transición segura, un nuevo *statu quo* definido por la paz y seguridad al interior del Estado. En función de ello, resulta relevante destacar sobre el papel de esta variante en un concepto tan extenso como la R2P.

Los elementos anteriores coadyuvan en la prevención de nuevos conflictos. Sin embargo, estos elementos, como posibles límites para la prevención de conflictos, son cada vez más difusos; esto es, que en cada uno de ellos pueden observarse la amplitud de funciones sin limitarse, específicamente el objetivo que persiguen. Por ejemplo, en las operaciones de mantenimiento para la paz mediante la implementación de un cese el fuego o la obtención de un acuerdo o pacto de paz, pueden verse actuando durante los primeros indicios de la consolidación de la paz una especie de traslape operativo ante la realidad de los hechos. La ONU les ha llamado operaciones multidimensionales de mantenimiento de la paz, compren-

⁵⁴ Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Federación Rusa y República Popular China.

⁵⁵ ICISS Commission Report, *op. cit.*

diendo que el camino a la paz requiere de estos cauces que permitan el desarrollo político, económico y social de los civiles y su esfuerzo por lograr un marco jurídico postconflicto propio del *ius post bellum*. Un ejemplo de ello es el caso Irak, que mediante la Resolución 1546 (2004) reiteraba el apoyo de la ONU para la reconstrucción de Irak, considerando el compromiso, por parte de las fuerzas multinacionales para el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en Irak, de actuar conforme al derecho internacional. Esta resolución, básicamente, es la que dio paso a la asistencia internacional en diversas materias (económica, política y social), especialmente a través de la asistencia electoral para el logro de una Constitución de corte democrático.⁵⁶

5. *La justicia transicional*

Dentro de estos elementos productos del plano internacional, podríamos añadir como esfuerzo del Estado que surge del conflicto el concepto de justicia transicional.

El Estado debe velar por la protección de los derechos de las víctimas de atrocidades cometidas en el régimen anterior a la transición.⁵⁷ Esta justicia transicional en realidad propone que la transición política sea mediante una transición jurídica bajo ciertos estándares jurídicos, atendiendo a las víctimas y a su derecho a la verdad, la justicia y la reparación.⁵⁸ Los procesos de justicia transicional buscan cambios estructurales en aspectos relacionados con la justicia, relativa a las víctimas, y que no habían sido concebidos en los diseños institucionales, las normas y las prácticas anteriores.⁵⁹ Este proceso se observa más en conflictos armados no internacionales, inclusive en Estados con otras situaciones de violencia; sin embargo,

⁵⁶ Rodríguez Santibáñez, Iliana, *La transición democrática en Iraq y la asistencia internacional de México en materia electoral*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2011, p. 58.

⁵⁷ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, “Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21370.pdf>.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Fundación para el Debido Proceso Legal, *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, Estados Unidos, 2010, disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/justicia-transicional-10>.

podría considerarse en el marco jurídico que se sugiere, siendo este tipo de conflictos los de mayor desarrollo en el siglo XXI.

III. CONCLUSIONES

Los conflictos armados en el *ius ad bellum*, en el *ius in bello* y en el postconflicto o *ius post bellum* dejan ver a la guerra más allá del mero conflicto armado para centrarse en una serie de procesos ininterrumpidos que deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo momento, hasta que la paz sea restablecida. Existe la necesidad de acercarse a la elaboración e implementación de un marco jurídico que promueva el restablecimiento de la paz. Para ello es necesario hacer hincapié en los convenios existentes antes y durante el transcurso del conflicto bélico, sin que ello signifique regresar necesariamente al estado en que se encontraban las cosas antes del conflicto armado, sino en todo caso que existan nuevas posibilidades u oportunidades para la presencia de la paz, entre otras cosas, mediante la prevalencia de los derechos humanos.

En consideración a los cuatro convenios de Ginebra, es posible hacer la separación entre los CAI y los CANI; pero esa separación no puede hacerse al momento en que las hostilidades concluyen, ya sea por un armisticio o por un reconocimiento formal de largo plazo. Esto es debido a la secuela del caos que queda tras el conflicto, que sigue siendo adverso para la población en su conjunto, iniciando entonces la necesidad de reconstrucción de una paz duradera, que sin un marco normativo adecuado no sólo se corre el riesgo de lentitud para su consecución, sino incluso una regresión hacia entornos de violencia.

El restablecimiento de la paz va más allá de una mera declaración de paz; en todo caso está orientado a la estabilización de uno o varios Estados o poblaciones divididas afectadas por la guerra, que, en aras de regresar al flujo cotidiano de actividades, claman por una restitución inmediata de las instituciones del Estado y de los cuerpos de seguridad, con el fin de garantizar el orden y una transición pacífica hacia la reconstrucción de condiciones óptimas para el desarrollo de la vida. Restablecer la paz va más allá de concluir las hostilidades entre las partes, pues comprende la restauración de un orden político, económico, social y cultural.

Desde el punto de vista del derecho, el restablecimiento de la paz implica la construcción de un nuevo marco normativo que responda a las nuevas realidades del Estado; mientras esto sucede, el DIH necesita hacer su aparición para proteger a los grupos vulnerables, continuar con la liberación y repatriación de prisioneros de guerra, ubicar a los desplazados, promover el respeto a los derechos humanos, tomar decisiones respecto a los criminales de guerra en favor de la justicia y equidad, entre muchas otras cosas.

El restablecimiento de la paz, como una transición del Estado de guerra a la restitución de las condiciones de paz, comprende por lo regular un proceso que involucra al menos tres elementos: el mantenimiento de la paz (*peacekeeping*), la construcción de la paz (*peacebuilding*) y el cumplimiento de la paz (*peace enforcement*). Esto es, bajo una comprensión multidimensional, donde estos elementos se entrelazan en determinado momento y permiten un contexto más amplio para la posible implementación de un marco normativo sustentado por el derecho internacional y, en particular, en esos tres elementos: *peacekeeping*, *peacebuilding* y *peace enforcement*. Resulta imprescindible considerar la intervención de los Estados a través del consenso de las naciones, y específicamente a través de Naciones Unidas, en cualquier contexto donde se vulneren los derechos de los civiles, especialmente el de la vida. Justamente, una regulación postconflicto permitiría establecer una tipología de intervención, así como los casos aplicables a cada una de ellas.

Este restablecimiento de la paz representa todo un esfuerzo diplomático que busca que un conflicto armado se transforme en un diálogo, en el que las diferencias entre las partes se establezcan mediante representantes de las instituciones políticas y en donde se logre poner fin a las hostilidades. Para tal efecto, tradicionalmente el derecho internacional privilegia el arreglo pacífico de controversias mediante la negociación, la mediación, los buenos oficios, la conciliación, el arbitraje y los mecanismos jurisdiccionales, para restablecer las condiciones que posibiliten la paz. Sin embargo, en la etapa postconflicto se llevan a cabo actividades que implican un fin definitivo al conflicto, tales como el desarme de las partes en conflicto, la restauración del orden, la custodia de armamento, la repatriación de refugiados, el entrenamiento al personal de seguridad, el monitoreo de elecciones, la promoción de los derechos humanos, el reformar y/o fortalecer las instituciones de gobierno, así como el fomentar los procesos de participación política. Todas y cada una de estas actividades representan una oportunidad adicional para fortalecer al Estado, así como permiten alcanzar una nueva

oportunidad para la paz. Estos elementos son esenciales para la creación de un nuevo marco normativo que garantice la paz duradera, y no sólo al terminar “temporalmente” con el conflicto.

En función de los adelantos y las dificultades que implica, el objetivo central de la consolidación de la paz es crear una paz duradera, pero, sobre todo, sustentable. Por lo tanto, se busca la ausencia de cualquier brote de violencia física y estructural, se elimine la discriminación y se promueva un ambiente de prevención y resolución de conflictos. He ahí la singularidad de este proceso que, si bien implica años de trabajo constante y una cultura de paz, se concentra en terminar los problemas de fondo y en modificar las interacciones sociales entre las partes. Todo postconflicto en la actualidad debería orientarse a este tipo de prácticas que, si bien implican situaciones delicadas donde la negociación y la diplomacia deben ser el eje rector, los beneficios a largo plazo revelan la fortaleza de este proceso.

La responsabilidad para reconstruir la paz mediante un marco normativo postconflicto o *ius post bellum* encuentra áreas de oportunidad desde el punto de vista normativo, pues si bien existen mecanismos para prevenir las hostilidades o responder a las crisis humanitarias, los fundamentos para una normativa postconflicto, en algunos de sus posibles componentes, los encontramos a partir de la justicia transicional, promovida desde el ámbito del derecho interno, mientras que en el ámbito del derecho internacional la R2P encontrará eficacia únicamente cuando se respete la soberanía de los Estados, así como los principios que lo definían antes del conflicto; lo anterior, considerando los cambios propios del Estado, así como las nuevas necesidades de la población civil.

IV. FUENTES DE CONSULTA

BOUTROS-GHALI, Boutros, “An Agenda for Peace”, United Nations, 1992, disponible en: http://www.un.org/en/sc/repertoire/89-92/Chapter%208/GENERAL%20ISSUES/Item%2029_Agenda%20for%20peace_.pdf.

CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Colombia, CICR, t. I, consultado el 21 de junio de 2021, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/0204003t.htm>.

- CICR, “¿Es aplicable el derecho internacional humanitario en las operaciones de mantenimiento o de restablecimiento de la paz desplegadas por la Naciones Unidas o bajo sus auspicios?”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1o. de enero de 2004, consultado el 2 de julio de 2021, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdljp.htm>.
- DETTER, Ingrid, *The Law of War*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2000.
- “Diálogo sobre la responsabilidad de proteger: perspectivas latinoamericanas”, A Project of the Institute for Global Policy, disponible en: <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2010/06/R2P-Draft-Final-Report-Latin-America-Espanol.pdf>.
- DIEHL, Paul F., *International Peacekeeping*, Londres, Johns Hopkins Paperbacks, 1994.
- “Final Act of the Second Peace Conference. The Hague, 18 October 1907”, International Committee of the Red Cross, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/intro/195?OpenDocument>.
- FLECO, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*. Nueva York, Oxford, 2008.
- FUENTE COBO, I., “Operaciones de paz para el siglo XXI: un concepto en evolución”, Centro de Estudios y Análisis de Seguridad Universidad de Granada, consultado el 25 de agosto de 2021, disponible en: <http://www.ugr.es/~ceas/Misiones%20de%20paz/Operaciones%20de%20paz%20para%20el%20siglo%20XXI.pdf>.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, Estados Unidos, 2010, disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/justicia-transicional-10>.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Hacia una concepción sustantiva del *ius post bellum*: un argumento hobbesiano”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 182, octubre-diciembre de 2018, disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.182.09>.
- GARRIGUES, Juan, “La responsabilidad de proteger: de un principio ético a una política eficaz”, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), consultado el 20 de agosto de 2021, disponible en: <https://xdoc.mx/documents/la-responsabilidad-de-proteger-de-un-principio-etico-a-una-60163bb27906a>.

- IVERSON, Jens, *Jus Post Bellum: The Rediscovery, Foundations, and Future of the Law of Transforming War into Peace*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021.
- ICISS Commission Report, “The Responsibility to Protect”, 2001, consultado el 21 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.idrc.ca/en/book/responsibility-protect-report-international-commission-intervention-and-state-sovereignty>.
- ICRC, “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, International Committee of the Red Cross, 2004, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>.
- “La responsabilidad de proteger”, *El País*, 24 de julio de 2009, consultado el 20 de agosto de 2021, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/responsabilidad/proteger/elpepiopi/20090724elpepiopi_5/Tes.
- MAIESE, Michelle, “Peacebuilding”, *Beyond Intractability*, 2003, consultado el 27 de junio de 2021, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacebuilding/>.
- ONU, “Capstone Doctrine”, Naciones Unidas, consultado el 28 de junio de 2021, disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-peacekeeping-operations-principles-and-guidelines-the-capstone-doctrine/>.
- ONU, “Operaciones de mantenimiento de la paz”, Naciones Unidas, 30 de abril de 2011, consultado el 24 de junio de 2021, disponible en: <https://peacekeeping.un.org/es>.
- OUELLET, Julian, “Peacemaking”, *Beyond Intractability*, 2003, consultado el 27 de junio de 2021, disponible en: <http://www.beyondintractability.org/essay/peacemaking/>.
- “Peacemaking - Overview Conflict Management Toolkit”, Johns Hopkins University, School of Advanced International Studies, Conflict Management Program, 2006, consultado el 27 de junio de 2020, disponible en: <http://www.sais-jhu.edu/cmtoolkit/approaches/peacemaking/methods.htm>.
- REVILLA MONTOYA, Pablo César, “Hacia la responsabilidad para proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias”, *Biblioteca Jurídica*, consultado el 22 de agosto de 2021, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/212>.
- RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, Iliana, *La transición democrática en Iraq y la asistencia internacional de México en materia electoral*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2011.

RYNIKER, Anne, “Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 836, 31 de diciembre de 1999, consultado el 3 de julio de 2020, disponible en: <https://www.icrc.org/es?opendocument>.

SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, México, Porrúa, 2009.

SPOERRI, Philip, “Los convenios de Ginebra de 1949: orígenes y pertenencia actual”, Comité Internacional de la Cruz Roja, agosto de 2009, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>.

“The Laws of War”, *The Avalon Project: Documents in Law, History, and Diplomacy*, Estados Unidos, Yale Law School Lillian Goldman Law Library, 2008, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula, “Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21370.pdf>.

VALLADARES, Gabriel Pablo y CONSIGLI, José Alejandro, “Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 3 de septiembre de 1998, consultado el 2 de julio de 2021, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlhv.htm>.

Estatuto de la persona que cae en poder del enemigo habiendo participado en el conflicto armado internacional, precisiones desde el derecho internacional humanitario

Status of the Person Who Falls into the Hands of the Enemy having Participated in International Armed Conflict, Accuracies from International Humanitarian Law

Statut de la personne qui tombe au pouvoir de l'ennemi après avoir participé au conflit armé international, clarifications du droit international humanitaire

Paola Diana Reyes Parra*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estatuto jurídico del prisionero de guerra*. III. *Casos de duda en el estatuto de prisionero de guerra*. IV. *Protección del IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la Protección Debida a Personas Civiles en Tiempos de Guerra*. V. *Derecho internacional consuetudinario codificado en el artículo 75 del Protocolo I*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6638-6100>, pcdepare@upc.edu.pe.

Artículo recibido el 31 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 235-266
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, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El término “combatiente” y, consecuentemente, el término “prisionero de guerra” se precisan en tratados de derecho internacional humanitario; mientras que, el término combatiente “ilegítimo”, “ilegal” o “no privilegiado”, no sólo no está precisado en el marco jurídico convencional, sino, además, los Estados suelen recurrir a este a fin de generar particulares efectos sobre las personas que se encuentran bajo su poder. No obstante, según el régimen de protección aplicable, las personas capturadas son combatientes, transformándose luego en prisioneros de guerra; o, no lo son, transformándose en civiles. Así, todas las personas que caen en poder del enemigo durante un conflicto armado internacional están protegidas por el derecho humanitario.

Palabras clave: combatiente, prisionero de guerra, persona civil, tribunal competente.

ABSTRACT: The term “combatant” and, consequently, the term “prisoner of war” are specified in international humanitarian law treaties; while the term “illegitimate”, “illegal” or “unprivileged” combatant is not specified in the conventional legal framework; and, States used to resort to it in order to provide particular effects on people who are under their power. However, in accordance with the applicable protection regime, captured persons are combatants who get prisoners of war status; or, they are not combatants, therefore, they still are protected like civilians. In this sense, all persons who fall into enemy power during an international armed conflict are protected by international humanitarian law.

Key words: combatant, prisoner of war, civilian, competent court.

RÉSUMÉ: Le terme «combattant» et, par conséquent, le terme «prisonnier de guerre» sont spécifiés dans les traités de droit international humanitaire; tandis que, le terme combattant «illégitime», «illégal» ou «non privilégié» n’est pas seulement spécifié; mais, en outre, les États y recourent généralement pour produire des effets particuliers sur les personnes qui sont sous leur pouvoir. Cependant, selon le régime de protection applicable, les personnes capturées sont des combattants, devenant plus tard prisonniers de guerre; ou, ils ne le sont pas, devenant des civils. Ainsi, toutes les personnes qui tombent au pouvoir de l’ennemi pendant un conflit armé international sont protégées.

Mots-clés: combattant, prisonnier de guerre, civil, tribunal compétent.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) se aplica en las hostilidades armadas estableciendo un sistema de protección de personas que, como resultado de un conflicto armado, se encuentran en poder del adversario. En efecto, el DIH parte de la premisa que “la protección que se proporciona no es contra la violencia de la guerra en sí, sino contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre personas que pertenecen a la otra parte”.¹

Por esta razón, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949² (en adelante, CCG) establecen las categorías de personas protegidas. Los primeros tres CCG se refieren a los combatientes (y algunos grupos análogos) que están en poder del enemigo. De este grupo, los CCG I y II protegen a los combatientes que necesitan protección por estar heridos o enfermos o náufragos; mientras que, el CG III prevé las normas que alcanzan a los prisioneros de guerra (en adelante, PG), así como a la protección y al trato que éstos deben recibir.

Siendo que los CCG, salvo lo dispuesto en su artículo 3o. común, aplican a los conflictos armados internacionales o de carácter internacional (en adelante, CAI), y siendo que el estatuto de PG deriva del privilegio del combatiente en el referido contexto, la premisa clave es que las personas capturadas son combatientes (y se transforman en PG protegidos por el CG III) o no lo son (y se transforman en civiles protegidos por el CG IV). Así, todas las personas que caen en poder del enemigo durante un CAI están protegidas por el DIH.

¹ Kalshoven, F. y Zegveld, L., *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, CICR, 2003, p. 19.

Doménech, J., “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, núm. 78, 2003 p. 151.

² Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I CG); Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II CG); Convenio relativo al trato relativo a los prisioneros de guerra (III CG); y Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en guerra (IV CG).

II. ESTATUTO JURÍDICO DEL PRISIONERO DE GUERRA

El estatuto jurídico del prisionero de guerra se compone de un conjunto de obligaciones de no hacer y de hacer. A través de las primeras, se establece la obligación de respetarlo, bajo el principio de humanidad, no pudiendo:³ *i)* ser asesinado o ser sometido a presiones ni torturas; *ii)* sufrir grave peligro para su salud o acto de violencia; *iii)* ser objeto de intimidación, insultos y de curiosidad pública, y *iv)* ser obligado a brindar información más allá que su nombre, grado, fecha de nacimiento y número de identificación o de matrícula.

En las segundas, se instaura un sistema jurídico de protección que cautele los derechos inalienables, irrenunciables y mínimos que alcanzan, de manera versátil, a los PG, desde el inicio de su cautiverio hasta su liberación, y que incluyen desde la asistencia religiosa y médica hasta condiciones laborales y de comunicación. Asimismo, se recuerda que el cautiverio “no constituye una venganza, ni un castigo, sino tan sólo una custodia protectora, cuyo único propósito es evitar que los prisioneros de guerra participen nuevamente en la guerra”.⁴

Siendo que el combatiente caído en poder del adversario no ha cometido otro “delito” que el de luchar por su Estado, es necesario proteger a quienes están en situación de vulnerabilidad; por lo que, el primer derecho del prisionero es el ser liberado y repatriado, sin demora, al término de las hostilidades.⁵ La negativa o demora en ello, podría constituirse en infracción grave, conforme al Protocolo I Adicional a los CCG (en adelante, PA I) de 1977 (artículo 85, párrafo 4, literal b), ya que contravendría la prohibición general de privación arbitraria de la libertad.

³ Esta obligación se reconoció en el Código de Lieber de 1863 (artículo 76), el Reglamento de La Haya de 1907 (artículo 4o., párrafo 2), la III CG de 1949 (artículo 13, párrafo 1) y el Protocolo Adicional I a las CCG (artículo 75, párrafo 1).

⁴ Naqvi, Y., “Doubtful prisoner-of-war-status”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 847, 2002, pp. 571-595.

⁵ La obligación de repatriar sin demora a los prisioneros de guerra luego del cese de las hostilidades activas está en otros tratados. Por ejemplo, el Acuerdo de Armisticio de Panmunjom (1953); Protocol to the Agreement on Ending the War and Restoring Peace in Viet-Nam (1973); Agreement on Repatriation of Detainees between Bangladesh, India and Pakistan (1974); CIS Agreement on the Protection of Victims of Armed Conflicts (1993); Acuerdo sobre los aspectos militares del arreglo de paz adjunto a los acuerdos de Dayton (1995); Peace Agreement between Ethiopia and Eritrea (2000).

Un elemento primordial en el estudio de la protección de la persona que cae en poder del adversario —pasible de ser considerado PG— es su condición previa de ser combatiente. Si bien, la regla general es que todos los combatientes ostenten, en caso de captura, el estatuto de PG, es de resaltar que puede darse el caso que quienes participan en las hostilidades no son ni combatientes ni menos serán PG; o, quienes no habiendo participado en las hostilidades tendrán derecho al estatuto de PG, de estar caídos frente al adversario.

1. *Evolución convencional de las figuras del combatiente y prisionero de guerra*

La evolución normativa del estatuto del PG inició con el Reglamento de La Haya anexo a la Cuarta Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre del 18 de octubre de 1907, “cuyas disposiciones se aplicarían a los siete millones de prisioneros capturados durante la Primera Guerra Mundial”.⁶ Seguidamente surgió la Convención de Ginebra de 1929 —que se aplicó a los PG de la Segunda Guerra Mundial—, elaborándose luego la GC III de 1949 y el PA I, que derogan de manera implícita todo el régimen anterior.

A. *Reglamento de Guerra Terrestre anexo a la IV Convención de La Haya de 1907*

Un importante punto de partida en la protección del PG es el “Reglamento de Guerra Terrestre anexo a la IV Convención de La Haya Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre” de 1907, cuyo artículo 1o. prevé que las leyes, los derechos y los deberes de la guerra se aplican al ejército y a las milicias y los cuerpos de voluntarios que forman parte de él. Asimismo, la noción “ejército” es ampliada con la referencia que hace el artículo 3o. a las “fuerzas armadas” y a la posibilidad que estas se compongan por “combatientes” y también por los “no combatientes”.

⁶ Doménech, J., “La protección del prisionero de guerra”, *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 523.

Las milicias y los cuerpos de voluntarios que no formen parte del ejército regular conforman la segunda categoría —de acuerdo a lo previsto en el mencionado artículo 1o.— siempre que, aun siendo grupos irregulares, cumplan con las siguientes cuatro condiciones para ser reconocidos como combatientes legítimos: *i*) tener al frente una persona responsable de sus subordinados; *ii*) tener signo distintivo fijo y reconocible a distancia; *iii*) llevar abiertamente las armas, y *iv*) sujetar sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

Las milicias podrían ser ejemplificadas como grupos de individuos que se integran, voluntaria u obligatoriamente para la defensa, seguridad o servicios paramilitares (*v. gr.* los *Volkssturm*, milicias formadas por Alemania en 1944, la Guardia Nacional en Estados Unidos y la *Home Guard* (ejército territorial) en Reino Unido. Asimismo, los cuerpos de voluntarios se identifican con los grupos de individuos que participan, de manera discrecional, en grupos organizados (*v. gr.* la Legión Extranjera Francesa fundada en 1831).

El artículo 2o. añade la categoría de “[l]a población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas de invasión sin haber tenido el tiempo de organizarse conforme al artículo primero”. Los miembros de esta población son combatientes con derecho a ser PG, si portan armas abiertamente y respetan las leyes y costumbre de la guerra. Cabe recordar que el levantamiento en masa (*levée en masse*) surgió con la Revolución francesa (1792) y fue reconocida en el Código de Lieber de 1863 (artículo 51).

Esta categoría incluye no sólo casos de espontaneidad (insurgencia en masa), sino también cuando la población se levanta ante un llamamiento (instrucción del gobierno). Puede darse en cualquier parte del territorio que aún no esté ocupado, incluso si lo estuviera el resto del país, o en una zona en la que el ocupante perdió la administración del territorio, en caso de que intentase recuperarlo. No es necesario que la población sea sorprendida por la invasión, ya que también aplica si la población fue prevenida, con la condición de que le falte el tiempo para organizarse.

Además, como se indicó sobre el artículo 3o., las fuerzas armadas pueden estar compuestas de combatientes y de no combatientes, y, en caso de captura, tienen derecho a ser tratados como PG. Cabe notar que, la referencia a milicias, cuerpos de voluntarios y levantamientos en masa refleja una práctica propia del siglo XIX (*v. gr.* Guerra franco-prusiana, 1870). No

obstante, estas prácticas perdieron espacio en comparación con los miembros de movimientos de resistencia en territorio ocupado, lo que el Reglamento omite.⁷

Por otro lado, la figura de los no combatientes alude, por ejemplo, a los miembros del personal sanitario y religioso que son también miembros de las fuerzas armadas; parlamentarios o aquellos autorizadas para negociar con la otra parte (artículos 32-34); civiles que acompañan a las fuerzas armadas (*v. gr.* tripulante civil en avión militar o tripulante de la marina mercante, corresponsal de guerra) o que pueden ser objetivo indirecto de las hostilidades (*v. gr.* obreros de una fábrica de armamento atacada).

B. Convención de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929

De acuerdo a lo previsto en el artículo 1o. de la Convención de Ginebra de 1929, resalta la aplicación del “principio de la aplicación inmediata... a partir del momento de la captura” en beneficio de las personas pertenecientes a las categorías designadas en los artículos 1o., 2o. y 3o. del Reglamento de 1907 y, además, “a todas las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de las Partes beligerantes, capturadas por el enemigo ..., bajo reserva de las derogaciones que las condiciones de esa captura rindieran inevitables”.⁸

Sumado al desarrollo efectuado *supra* sobre las categorías previstas en los artículos 1o., 2o. y 3o. del Reglamento de 1907, es de notarse la mención a las “derogaciones” las mismas que “no deben producir perjuicio a los principios fundamentales de la Convención y deben poner fin a partir del momento que las personas capturadas habrían llegado a un campo de prisioneros de guerra” (artículo 1o., párrafos 1 y 2). No obstante, sobre la base de esta fórmula, las potencias detenedoras podrían aprovechar para no cumplir sus obligaciones, y así perjudicar a los derechos PG.

Tras la Segunda Guerra Mundial, un elevado número de oficiales alemanes y japoneses fueron procesados y sentenciados por el asesinato y maltra-

⁷ Kalshoven, F. y Zegveld, L., *Restricciones en la Conducción de la Guerra ...*, cit., p. 87.

⁸ De Preux, J., *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958, p. 82.

to de PG.⁹ Sin embargo, la Convención no se aplicó al caso de los oficiales alemanes y japoneses caídos en manos del enemigo (“Personal enemigo rendido”), a consecuencia de la capitulación de sus países en 1945,¹⁰ por tanto, “esos hombres no tenían ningún estatuto jurídico y... estaban totalmente a la merced del vencedor”.¹¹

C. *Tercer Convenio de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949*

A fin de marcar diferencia con el tratado anteriormente descrito, el CG III no sólo decide suprimir toda mención expresa de derogaciones posibles, sino, además, optar por emplear el término de “personas caídas en poder” en reemplazo de la palabra “capturados”. Con esto, “el régimen convencional no (se reserva) solo a los militares hechos prisioneros en el curso de los combates, sino que él se aplica igualmente a aquellos que pasan al poder del adversario, a consecuencia de rendición o de capitulación en masa”.¹²

Según el artículo 4o. del CG III, son diversas las figuras de personas protegidas que abarca la definición de “prisioneros de guerra” bajo dicho Convenio. De estas, la más convencional en la lista taxativa que presenta el referido artículo, y primera categoría a desarrollar es la relativa a los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, incluidos los miembros de las milicias o cuerpo de voluntarios que formen parte de estas, aunque sigan las instrucciones de un gobierno o de una autoridad no reconocidos por el adversario (artículos 4.A.1 y 4.A.3). En efecto, se trata de combatientes regulares que combaten de forma tradicional.

⁹ En el artículo 6o. (b) del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional para Nüremberg se estipuló que el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra constituye un crimen de guerra. Ver, el Manual de Derecho Militar del Reino Unido del 7 de agosto de 1958, Oficina de Guerra Código No. 12333, p. 45, párrafo 9.

¹⁰ Japón no era, como Alemania, parte de esta Convención. Las autoridades aliadas consideraban que la capitulación era una firma en blanco dado a los Estados detenedores en cuanto al trato debido a los militares capturados a consecuencia de esa capitulación.

¹¹ De Preux, J., *op. cit.*, p. 84.

¹² Schindler, D., “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, t. 163, vol. II, 1979, pp. 128 y 129.

Con relación a las fuerzas armadas regulares de un Estado o una autoridad no reconocida, se tienen diversos ejemplos (*v. gr.* las fuerzas armadas de China Popular en el conflicto con Estados Unidos en la Guerra de Corea, 1950-1953; las fuerzas armadas de Vietnam del Norte en la guerra con Estados Unidos, 1960). La protegida posición de las fuerzas regulares no depende del reconocimiento del gobierno al cual tienen lealtad por parte del Estado enemigo (*v. gr.* ejército de Taiwán, República de China).

Una segunda categoría son los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado. Se trata de fuerzas irregulares que pueden actuar en el propio territorio o fuera de él, e incluso en territorio ocupado por el enemigo.¹³

En este marco, se incluyen a los partisanos (*v. gr.* los *maquisards* o miembros de la resistencia francesa denominada “Fuerzas Francesas Libres”;¹⁴ los partisanos yugoslavos de Tito que en el movimiento de resistencia denominado “Ejército Popular de Liberación y Destacamentos Partisanos de Yugoslavia” lucharon contra las fuerzas del Eje en los Balcanes durante la Segunda Guerra Mundial; o, los partisanos italianos que dirigidos por un Comité de Liberación Nacional (CLN) fueron la resistencia italiana al fascismo y a las tropas de ocupación nazi en Italia).

Las condiciones que deberá cumplir un miembro de un movimiento de resistencia o partisano para que pueda ser considerado combatiente legítimo y, por lo tanto, pueda gozar del estatuto de PG son las siguientes: *i)* tener mando responsable; *ii)* tener signo distintivo fácil de reconocer a tiro de fusil; *iii)* llevar abiertamente las armas, y *iv)* respetar el DIH (artículo 4.A.2). Como es de notarse, se repiten las condiciones que, en su oportunidad, fueron establecidas en el artículo 1o. del Reglamento de la IV Convención de La Haya.

¹³ *Ibidem*, pp. 128 y 129; Rodríguez, Villasante y Prieto, J., “Tratamiento de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario y protección de las víctimas de la guerra”, *Tiempo de Paz*, núm. 64, 2002, pp. 50-62; Kewley, G., *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Collingwood, Victorian Commercial Teachers Association, 1984, p. 26.

¹⁴ Las Fuerzas Francesas Libres (en adelante FFL) siguiendo las órdenes del general De Gaulle (gobierno en el exilio) y no las del gobierno de Vichy, continuaron combatiendo en Francia a la Potencia ocupante nazi en la Segunda Guerra Mundial. El Estatuto de las FFL se define en la carta del 7 agosto de 1940 firmada por Winston Churchill y el general de Gaulle. El personal militar se conformaba por voluntarios, mezcla de personal en activo, reservistas y jóvenes alistados.

Las siguientes categorías son: *i*) las personas que participen en un levantamiento en masa, si llevan las armas a la vista y respetan las leyes y costumbres de la guerra (artículo 4.A.6); *ii*) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar para integrante de ellas y que gozan de autorización para ello (*v. gr.* corresponsal de guerra, personal militar sanitario y religioso, miembro civil de tripulación de avión militar (artículo 4.A.4), y *iii*) miembro de la tripulación de marina mercante (*v. gr.* capitán, piloto, grumete) y aviación civil de las partes (artículo 4.A.5).

Las primeras dos premisas más la relativa al levantamiento en masa configuran como combatientes propiamente dichos. Como tales, pueden participar directamente en las hostilidades y, una vez capturadas por el enemigo, adquieren el estatuto de PG. Por otro lado, las últimas dos categorías se basan en la figura de civiles los mismos que pueden ser detenidos por la parte adversaria —incluso por todo el conflicto armado— y en tal caso deberán también tener derecho al estatuto de PG.

Adicionalmente, el artículo 4o. presenta ciertas categorías de personas que se benefician del trato que reserva CG III a los PG. Estas son: personas internadas por la potencia ocupante por el motivo de pertenecer o haber pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado (artículo 4.B.1), y las personas pertenecientes a cualquiera de las categorías que prevé el artículo 4o., pero que deban ser internadas, en virtud del derecho internacional, por potencias neutrales o no beligerantes, sin perjuicio de recibir un trato más favorable (artículo 4.B.2).

D. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977

En virtud de los cambios en la hostilidad armada, el PA I prevé significativas novedades: *i*) considera como combatientes a quienes formen parte de un movimiento de liberación nacional que está en lucha contra la dominación colonial, ocupación extranjera o régimen racista (artículo 1o., párrafo 1), y *ii*) fija equivalencia entre ser miembro de las fuerzas armadas y ser combatiente construyendo sus definiciones a fin de afrontar el reto de no poder reconocer a quienes participan en el combate por no portar signo distintivo que los diferencie de la población.

Sobre las fuerzas armadas, el párrafo 1 del artículo 43 —calificado como norma consuetudinaria—¹⁵ prevé que “[l]as fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte...”. Asimismo, el párrafo 1o. agrega que estas “deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir... las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.

Para tal definición, las fuerzas armadas deberán cumplir requisitos de orden colectivo: *i*) estar subordinados a una “parte en el conflicto” que represente a una colectividad que goce de subjetividad, al menos parcial, de derecho internacional; *ii*) estar bajo un mando responsable que ejerza control efectivo sobre los miembros de esa organización, y, *iii*) un sistema de disciplina interna (*v. gr.* derecho disciplinario/penal militar) que haga cumplir las normas que rigen los conflictos armados.¹⁶

Bajo esta definición todas las personas que participan en las hostilidades en el nombre de una parte del conflicto tienen la consideración colectiva de fuerzas armadas y, por lo tanto, la identificación individual *prima facie* de combatientes (artículo 43, párrafo 2).¹⁷ Así, a diferencia de los tratados previos, el portar el uniforme o las armas a la vista en todo momento no se constituyen más en criterios decisivos para calificar a una fuerza armada, aunque es claro que el mando militar deba exigirlos dentro de los límites impuestos.¹⁸

El PI es categórico al prever vía el párrafo 1 del artículo 44 que “[t]odo combatiente, tal como queda definido en el artículo 43, que caiga en poder

¹⁵ Henckaerts, J. y Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, CICR, 2007, vol. I, p. 16.

¹⁶ Sandoz, Y. et al., *Comentario del Protocolo del 08 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Bogotá, CICR—Plaza & Janés Editores Colombia, 2000, p. 713. Cabe recordar que el artículo 85 del PA I enlista las infracciones al mismo, mientras que el artículo 86 aborda la represión de las infracciones que resulten del incumplimiento de un deber de actuar, y el 87 trata de los deberes de los jefes en relación con las infracciones.

¹⁷ De acuerdo con la generalidad de la fórmula, también se permite incorporar como fuerzas armadas a organismos paramilitares o servicios armados encargados de velar por el orden público. Si fuera tal caso, la parte que corresponda deberá notificarlo a las otras partes en conflicto, conforme lo prevé el párrafo 3 del artículo 43 del PA I. Esta notificación refuerza el principio de distinción.

¹⁸ Kalshoven, F. y Zegveld, L., *Restricciones en la conducción de la guerra...*, cit., p. 102.

de una parte adversa será prisionero de guerra”, y agrega su obligación de distinguirse de la población civil en el curso de un ataque u operación militar preparatoria de un ataque llevando sus armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar, y cuando sea visible para el enemigo mientras sea parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que participará (párrafo 3 del artículo 44).

Estos “requisitos de visibilidad” fueron obviados de la definición de fuerzas armadas siendo trasladados a la de combatiente,¹⁹ para fijar exigencias mínimas que permitan respetar el principio de distinción, de lo contrario el combatiente perdería el derecho a ser PG, aunque recibiría protección equivalente (párrafo 4, del artículo 44). Se nota que derivaría de la norma, la implícita exigencia que el combatiente sepa, o deba saber, que es visible, impidiendo que se confunda entre la población civil para obtener ventaja en el ataque.

2. *Materialización de la figura del combatiente ilegítimo, ilegal o no privilegiado*

La figura del combatiente ilegítimo, ilegal o no privilegiado no se encuentra plasmada en el DIH; no obstante, se corresponde con la práctica que han venido sosteniendo los Estados en torno a las personas que participan activamente en las hostilidades, sin ser propiamente combatientes. Consecuentemente, al caer en poder del enemigo, no sólo no tienen derecho al estatuto de PG, sino, además, deben ser procesados bajo el derecho interno del Estado captor, aunque acompañadas del mínimo de garantías previstas en el artículo 75 del PA I.

A. *Espías*

Esta antigua figura se encuentra en el Código de Lieber de 1863 (artículo 88), Reglamento de Guerra Terrestre de la IV Convención de La Haya de 1907 (artículos 29-31), y PA I (artículo 46). Se trata del individuo que obra clandestinamente o con pretextos falsos y recoge o trata de recoger infor-

¹⁹ Henckaerts, J. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 17.

mación en la zona de operaciones con la intención de tratar de comunicar esto a la parte contraria.²⁰ La característica no es la clandestinidad sino el empleo del pretexto y el engaño, pudiendo constituirse en una estratagema prohibida, incluso una perfidia.

El espía no es un infractor del DIH, pero tampoco es un combatiente legítimo. El combatiente capturado mientras realiza alguna actividad de espionaje no tiene derecho al estatuto de PG, y no podrá ser juzgado ni condenado sin proceso previo por parte del Estado que lo capturó,²¹ ya que calificaría como persona civil protegida por el CG IV, aunque sus garantías se encuentren restringidas por el artículo 5o. del referido CG, además de la aplicación de las garantías fundamentales enlistadas en el artículo 75 del PA I.

Cabe señalar que el espía que se reincorpore a las fuerzas a las que pertenece no es responsable por los actos de espionaje anteriores que hubiere realizado si es capturado luego por el enemigo. En caso de territorio ocupado, el espía residente sólo podrá ser considerado como tal si es sorprendido *in fraganti*, ya que éste se reúne con sus fuerzas desde el momento en que cesa en sus actividades de espionaje. Asimismo, se nota que los espías no sólo son de tipo militar (*v. gr.* Nathan Hale, espía estadounidense frente a los británicos en la Guerra de Independencia de los Estados Unidos), sino también pueden ser civiles (*v. gr.* Rudolf Roessler, Richard Sorge).

B. Mercenarios

Los mercenarios eran considerados como combatientes (*i.e.* voluntarios extranjeros) siempre que cumplieran con las leyes y costumbres de la guerra, según con el Reglamento de Guerra Terrestre de 1907 y el CG III. No obstante, según el PA I, un mercenario —no un voluntario extranjero que se une por convicción ideológica— no tiene derecho al estatuto de combatiente ni al estatuto de prisionero de guerra (artículo 47), y tampoco puede ser juzgado ni condenado sin proceso previo, debiéndosele aplicar el artículo 5o. del CG IV y el artículo 75 del PA I.

²⁰ La información debe ser de interés militar o siendo de otra índole, pueda proporcionar una ventaja militar. Esto es importante porque con este requerimiento se evita que el habitante del territorio ocupado esté siempre expuesto a la acusación de espionaje.

²¹ Henckaerts, J. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 442.

La regulación vinculante de 1977 responde a un contexto particular no sólo del uso excesivo de la figura de los mercenarios,²² sino también de su condena internacional como acto criminal.²³ Ello se evidencia con la diversidad de resoluciones que sobre el particular emitió la Asamblea General de las Naciones Unidas (v. gr. 2465 (XXIII), 20 de diciembre de 1968; 2548 (XXIV), 11 de diciembre de 1969; 2708 (XXV), 14 de diciembre de 1970; 3103 (XXVIII), 12 de diciembre de 1973; 33/24, 29 de noviembre de 1978).

En el mismo año, el Consejo de Seguridad aprueba la Resolución 405, del 14 de abril, donde condena el reclutamiento de mercenarios y la indulgencia con éstos para “derrocar los Gobiernos de Estados Miembros de las Naciones Unidas”. Además, se aprueba, en la Organización para la Unidad Africana, la Convención para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África —vigente desde 1985, y se adopta en 1989, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, vigente desde 2001.

Según el PA I, es mercenario toda persona, ajena al conflicto armado, reclutada para tomar parte en el mismo. Su participación se debe a un interés privado y una promesa de retribución material, superior a la prevista para los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas.²⁴

²² El problema de los mercenarios se planteó por primera vez en relación con la secesión de Katanga. En efecto, a través de las Resoluciones 161 y 169 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y Resolución 1599 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, todas emitidas durante 1961, se solicitó la retirada de los mercenarios del Congo. Posteriormente, en 1964, el propio gobierno congoleño contrató mercenarios para reprimir una insurrección, y cuando este les instruyó a deponer las armas, los mercenarios entraron en rebelión contra el Gobierno (1967). Este último apeló al Consejo de Seguridad y a la Organización de la Unidad Africana (OUA), quienes solicitaron a los Estados que impidieran el reclutamiento de mercenarios sobre su territorio.

²³ Aksar, Y., “Mercenaries in the Law of Armed Conflict”, *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979, pp. 119-121.

²⁴ Sandoz, Y. et al., *Comentario del Protocolo del 08 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Bogotá, CICR y Plaza & Janés Editores Colombia, 2000, pp. 804-806.

David, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruselas, Faculté de Droit de l’Université Libre de Bruxelles, 1994, p. 392.

Dupuy, P., *Droit International Public*, París, Dalloz, 1998, p. 527.

Mello de Albuquerque, C., *Curso de Direito Internacional Público*, Río de Janeiro, Renovar, 1992, vol. 2, p. 1178.

Asimismo, participará no como nacional de las partes en el conflicto, ni como residente en un territorio controlado por estas. Tampoco es miembro de las fuerzas armadas o un enviado en misión especial por un Estado no parte en el conflicto.²⁵

Así, el PA I no hace referencia a los mercenarios “no para condenarles expresamente como criminales de guerra ..., sino para acotar el concepto de mercenario y negar el estatuto de combatiente a las personas incluidas en él, siguiendo así el mismo criterio que el aplicado a los espías”.²⁶ Claramente, la definición dada en el párrafo 2 del artículo 47 del PA I porque apuesta por una formula acumulativa, lo que significa que todas las seis condiciones deben necesariamente concurrir para configurar el término en el caso concreto.

Cabe observar que, si bien los mercenarios no tienen derecho a exigir el estatuto de PG, los Estados son libres de concederlo.²⁷

C. Francotirador

De acuerdo con la doctrina, se identifica también la figura del francotirador,²⁸ entendida esta como la persona que, desde un lugar oculto, actúa en el curso de un conflicto armado hostilizando a una de las partes empleando para ello un arma de fuego (*v. gr.* rifle). En este marco, se recuerda que este término, comúnmente empleado en las guerras (*v. gr.* Guerra Franco-Prusiana, 1870), viene del francés *franc-tireur*, compuesta

²⁵ Por ejemplo, el Grupo de Voluntarios Americanos (Tigres Voladores) que creó Estados Unidos en 1941 para apoyar a China contra Japón durante la Segunda Guerra sino-japonesa; o, la Legión extranjera francesa. Al presente, la “privatización de la guerra” se nutre de los casos en que ejércitos privados ofertan sus servicios a través de una empresa (*Transnational Security Companies*). Por ejemplo, la *Executive Outcomes* (Angola y Sierra Leona, cerrada en 1998); *Sandline International* (Papúa Nueva Guinea y Sierra Leona, cerrada en 2004) y *Gurkha Security Guards Ltd.* (Sierra Leona). Estas empresas internacionales de seguridad asesoran en organización militar, adquisición de equipamientos y entrenamiento. Aun cuando calificarían funcionamiento como mercenarios, los Estados aducen lo contrario por cuanto no actúan en el frente de batalla.

²⁶ Doménech, J., *op. cit.*, pp. 133-164.

²⁷ Henckaerts, J. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 448.

²⁸ Domenech, *op. cit.*, pp. 133-164.

del adjetivo *franc* (franco) —que en antiguo francés es “libre”— y del sustantivo *tireur* (que designa al que dispara).

En esta línea, puede que la persona sea un “tirador selecto” o experto en disparos que actúa, de manera aislada, pero destacado por su unidad militar para abatir el objetivo militar; o, puede que sea alguien que actúa a título individual, sin formar parte de las fuerzas armadas, ni de un grupo o movimiento organizado. Sólo en este último caso, o cuando, en general, no cumplen con el principio de distinción, podrían ser considerados como combatiente ilegítimo, ilegal o no privilegiado, siendo su actuación ilícita y constitutiva de ser incluso un crimen de guerra.

D. *Saboteador*

Conforme a la doctrina, también se tiene la figura del saboteador. Se trata de la persona que sin usar uniforme o signo distintivo alguno se inserta secretamente en el territorio controlado por el enemigo con el propósito de continuar la guerra destruyendo la propiedad o atentando contra la vida de personal (*v. gr.* la fábrica noruega Norsk Hydro que fue objeto de sabotaje por las fuerzas aliadas durante la Segunda Guerra Mundial por ser la única capaz de producir agua pesada, elemento clave en la producción de energía nuclear alemán).

Si bien las normas del DIH no establecen reglas precisas sobre esta figura, podría aplicarse por analogía lo señalado respecto del espía. De hecho, en la descripción que se hace en torno a la norma consuetudinaria relativa a que los “combatientes deben distinguirse de la población civil. ...si no lo hacen, no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra” (norma 106), se señala que “[s]i los miembros de las fuerzas armadas regulares no llevan uniforme, corren el riesgo de que los acusen de espionaje o sabotaje”.²⁹

Solo como ejemplo, se tiene el caso *Swarka*, resuelto por un tribunal militar israelí, en 1974, respecto de siete soldados del Ejército egipcio que, aunque estuvieran bajo órdenes de su comandante, operaban en territorio de Israel bajo apariencia de civiles. De acuerdo con el referido tribunal,

²⁹ Henckaerts, J. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, p. 438.

las personas en cuestión no tenían derecho al estatuto de PG pudiendo ser procesados y juzgados como saboteadores.³⁰

E. Desertores

Sin perjuicio de otros casos que pudieran surgir,³¹ se tiene el caso de los desertores, es decir, las personas que deban lealtad a un Estado beligerante y que: i) se unen a las fuerzas armadas de la parte adversaria cayendo luego bajo captura; o, ii) no uniéndose a las fuerzas armadas contrarias son capturadas por estas. Respecto del primer caso, y conforme a la línea argumentativa *supra*, las personas al ser capturadas por aquel Estado no podrán reclamar para sí el estatuto de combatiente legítimo y, por lo tanto, el estatuto de PG.

En el segundo caso se identifica la particular situación donde los desertores de una parte beligerante caen en poder del enemigo. Por ejemplo, en la Guerra de Kuwait, los combatientes iraquíes desertaron y se rindieron ante las tropas estadounidenses. En este caso, las fuerzas de la coalición los consideraron como PG. Sin embargo, la situación de los desertores puede ser asimilada también a la de los civiles.³²

III. CASOS DE DUDA EN EL ESTATUTO DE PRISIONERO DE GUERRA

El CG III sienta dos principios respecto del trato debido a los PG, y que, además, se constituyen en normas consuetudinarias de los conflictos armados.³³

³⁰ Pfanner, T., “Military Uniforms and the Law of War”, *International Review of the Red Cross*, vol. 86, núm. 853, 2004, p. 115.

³¹ Por ejemplo, el caso del combatiente capturado que previamente fue PG liberado bajo palabra por el Estado captor, pero que vuelve a empuñar las armas contra dicho Estado (véase, artículo 12 del Reglamento de Guerra Terrestre anexo a la IV Convención de La Haya de 1907).

³² David, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruselas, Faculté de Droit de l’Université Libre de Bruxelles, 1994, p. 210.

³³ Green, L., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Nueva York, Manchester University Press, 1993, p. 188.

Fisher, H., “Protection of Prisoners of War”, en Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 325.

Estos principios son los siguientes: *i*) un PG no puede ser juzgado y castigado por sólo haber participado en las hostilidades (artículo 99), y *ii*) el PG debe ser tratado humanamente desde que cae en poder del enemigo y hasta su liberación y repatriación definitiva (artículos 12-16).

La asignación del estatuto de PG modifica la condición jurídica de una persona capturada por una potencia enemiga; así como, el trato que esta tiene derecho a recibir. Esto es de capital importancia, puesto que

...si a una persona no se le concede el estatuto de combatiente, se le puede juzgar por haber cometido un acto de beligerancia. En los casos que esta infracción penal se castigue con pena capital según la jurisdicción nacional, la ausencia del estatuto de prisionero de guerra puede ser un asunto de vida o muerte”.³⁴

Sin embargo, la distinción entre combatientes y civiles no es siempre evidente y podría generar ciertas dudas. Teniendo en cuenta que la duda significa la presencia de cierta incertidumbre con respecto a la verdad o realidad de una cosa, han sido diversos los casos en que, de manera legítima —aunque también de manera abusiva— la potencia detenedora ha recurrido a la figura de duda (*v. gr.* si la persona que seguía a las fuerzas armadas perdía su tarjeta de identidad o el desertor), para no tener que otorgar el estatuto de PG.

No obstante, a partir de 1949, y en particular, a través del CG III se empezó a prever reglas claras a partir de las cuales se abordarán los casos de duda. En particular, el segundo párrafo del artículo 5o. del CG III, y el artículo 45 del PA I. Así, la calificación de estos tribunales será la que marque el destino de la persona cuyo comportamiento podría ser interpretado no según su propia concepción, sino según las del enemigo, aunque bajo reglas sustantivas y procedimientos previamente previstas.³⁵

En efecto, el proceso equitativo con garantías dependerá de que se cuente con un tribunal independiente, imparcial y legítimamente constituido. Mientras que el CG III prevé que los tribunales ofrezcan garantías esenciales de “independencia” (respecto de cualquier otra rama del gobierno) e “imparcialidad” (respecto de no albergar ideas preconcebidas sobre el

³⁴ Naqvi, Y., *op. cit.*, p. 571.

³⁵ Boissier, P., *L'épée et la balance, la répression des crimes de guerre*, Ginebra, Labor et Fides, 1953, pp. 65-96.

asunto, ni favorecer intereses particulares) (artículo 84, párrafo 2), el PA I requiere a un “tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley” (artículo 75, párrafo 4).³⁶

1. Artículo 5o. del III Convenio de Ginebra de 1949

El segundo párrafo del artículo 5o. del CG III dispone que, si hay duda respecto del estatuto de PG de una persona capturada que ha cometido un acto de beligerancia, corresponde a un tribunal competente determinar su estatuto, y hasta en tanto ello ocurra, la persona capturada debe ser tratada como PG.³⁷ La regla también prevé que la determinación se realice en cada caso individual, por lo que la decisión genérica o por grupos de detenidos no satisface esta regla.³⁸

La fórmula propuesta que sirvió de base para el artículo decía: “[s]i hay duda sobre la pertenencia de una de estas personas a una de las categorías enumeradas..., esa persona se beneficiará de la presente Convención en espera que su estatuto haya sido determinado por una autoridad responsable”.³⁹ La expresión “autoridad responsable” fue reemplazada por “tribunal militar”, a fin de evitar que la decisión sólo dependiera de una persona, a veces de grado inferior, como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial.⁴⁰

³⁶ Anderson, K., “What to Do with Bin Laden and Al-Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 25, 2002, p. 619. Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, véase *Bahamonde v. Equatorial Guinea*; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Free Speech v. Nigeria*; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Belilos y Findlay v. UK*.

³⁷ Fitzpatrick, J., “Jurisdiction on Military Commission and the Ambiguous War on Terrorism”, *American Journal of International Law*, vol. 96, núm. 2, 2002, p. 353.

Sassoli, M., “La guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, *Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, pp. 569 y 570.

³⁸ Borelli, S., “Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la ‘guerra contra el terrorismo’”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857, 2005, p. 50.

³⁹ Preux, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁰ Maunoir, J., *La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés*, Ginebra, Médecine et Hygiène, 1956, p. 191.

Sin embargo, ir ante un tribunal militar puede eventualmente acarrear consecuencias tan graves como la privación del beneficio del Convenio;⁴¹ por lo que la expresión se reemplazó por “tribunal competente”. Esta evolución muestra que un “tribunal competente” es algo de carácter más formal y judicial que la propuesta original, pues implica que “la determinación del estatuto debe ser responsabilidad de más de una persona y que ello debe hacerse sobre la base de procesos debidamente establecidos”.⁴²

El segundo párrafo del artículo 5o. no establece en qué consiste un “tribunal competente”, y por ello su composición debe establecerse a la luz, por ejemplo, del derecho interno de los Estados parte. En general, el término “competente” significa “que tiene jurisdicción o autoridad para actuar”.⁴³ Un “tribunal” puede ser una “corte de justicia”.⁴⁴ La expresión “tribunal competente” sugiere por lo tanto un foro de juicio autorizado, aunque no necesariamente de carácter judicial.⁴⁵

Una segunda modificación se centró en la fórmula, cuyo texto actual se basa en si la persona en cuestión pertenece a una de las categorías del artículo 4o. del CG III. Así, las “precisiones, contenidas en el artículo 4o., deben limitar el número de casos de duda”.⁴⁶ Pero, dada la posibilidad de interpretar ampliamente el artículo, “debe ser fácil que se dude de si las personas capturadas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. En cambio, difícil ha de ser que se dude si la persona capturada es un prisionero de guerra”.⁴⁷

En este marco, podría entenderse que el “tribunal competente” no tiene que ser necesariamente un órgano de naturaleza jurisdiccional, sea o no tribunal militar, pero tampoco tiene que ser cualquier autoridad administrativa —menos aquella que relacionada con, por ejemplo, la detención de la persona en cuestión—, pues deberá mantener cierta imparcialidad e independencia respecto de la autoridad militar de detención y de la autoridad política. En cualquier caso, se deberán respetar las garantías de la persona a él sometida.

⁴¹ Preux, *op. cit.*, p. 84.

⁴² Naqvi, *op. cit.*, p. 578.

⁴³ Oxford English Dictionary.

⁴⁴ Naqvi, *op. cit.*, p. 577.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Preux, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁷ Naqvi, *op. cit.*, p. 574.

Respecto de las garantías que deben respetar estos tribunales, ni los CCG ni el PA I contienen precisión alguna. Ante ello, debe acudir a las obligaciones que derivan del derecho internacional de los derechos humanos,⁴⁸ cuyas prescripciones, según señala la Corte Internacional de Justicia, continúan aplicándose en tiempo de guerra, sin perjuicio de la necesidad de su interpretación a la luz de la *lex specialis* que representa el DIH.⁴⁹

2. Artículo 45 (párrafo I) del Protocolo I de 1977

Por su parte, el artículo 45 del PA I insta un sistema de presunciones a favor del capturado en dos niveles: i) el “tribunal competente” que fija el estatuto de la persona cuando, pese a la presunción, subsiste la duda, y ii) el “tribunal judicial” que determina el estatuto cuando el detenido está acusado de cometer una infracción en las hostilidades.

A diferencia del CG III, que sólo se refiere al caso de duda, la primera frase del párrafo primero del mencionado artículo 45 elimina la hipótesis de la duda, e insta un sistema de presunciones que funcionan a favor de la persona capturada. El referido sistema de presunciones parte de los siguientes tres supuestos:

- Cuando el capturado reivindique el estatuto de PG: Basta con su declaración, aunque puede ser que se abstenga de ello para proteger a su grupo. Sin perjuicio que pueda ser categorizado como civil, o de la aplicación de otras presunciones, “es concebible que un prisionero renuncie a ejercer su derecho, [aunque] no podrá renunciar al derecho en sí, que, en virtud del artículo 7o. del CG III, es inalienable”.⁵⁰
- Cuando el interesado parezca tener derecho al estatuto de PG: El combatiente en uniforme capturado en la batalla es considerado como PG; aunque, llevar abiertamente armas o signos distintivos visible puede hacer las veces.⁵¹ Si la captura se da fuera del lugar de combate, un documento de identidad será suficiente, y, si no se contara con ello,

⁴⁸ McDonald, A., *Defining the War on Terror and Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich*, 2002, p. 208.

⁴⁹ Ver, Opinión Consultiva, *Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, párrafo 25.

⁵⁰ Sandoz, Y. *et al.*, *op. cit.*, p. 762.

⁵¹ *Idem.*

ni con el signo distintivo ni armas, se considera su presencia en un objetivo militar (*v. gr.* puesto de comando) u otros indicios (*v. gr.* listas de incorporación).

- Cuando la parte de la que depende el interesado reclama para este el estatuto de PG: La subordinación a un grupo organizado es un elemento esencial del estatuto de combatiente. La reivindicación podrá efectuarse mediante una notificación a la potencia detenedora o potencia protectora. Aun cuando tal notificación puede tomar tiempo, la confirmación por la parte a la que el capturado depende puede ser decisiva frente a cualquier duda.

Si aun aplicándose estas presunciones, subsiste la duda en el estatuto del prisionero al momento de su captura —sea en la capacidad individual del interesado (*v. gr.* sospecha de espionaje), o sea en la calificación de las fuerzas armadas a las que este pretende pertenecer (*v. gr.* movimiento de liberación nacional cuestionado)— se activa la segunda frase del párrafo primero que señala que la persona continuará beneficiándose del estatuto de PG “hasta que un tribunal competente haya decidido al respecto”. Sobre los alcances de este tribunal, aplica por analogía lo descrito *supra*.

Asimismo, en caso de que este tribunal no establezca el estatuto de PG de la persona capturada y, sin embargo, esta persona sea sospechosa de haber cometido actos de hostilidad, el PA I “establece una nueva categoría procesal”,⁵² en la figura del “tribunal judicial”, recogida en el párrafo 2 del artículo 45. Este tribunal, más allá de la naturaleza que tenga (*v. gr.* civil, militar) debe brindar las garantías propias del procedimiento judicial; además, decidirá la cuestión del estatuto antes de pronunciarse sobre la infracción.

El comentario al PA I explica que, en caso se reconozca el estatuto de PG, pero se mantenga la acusación, aplicarán los artículos 84 y 102 del CG III, y el tribunal militar que procese al PG deberá garantizar los derechos y medios de defensa previsto en el Convenio, siendo su composición y procedimiento igual al previsto para sus fuerzas armadas; además de aplicársele las garantías estipuladas en el artículo 75 del PA I. La calificación de la infracción dependerá de elementos de hecho, conforme a la legislación nacional (artículo 85, CG III sobre la base de la norma internacional aplicable).⁵³

⁵² Sandoz *et al.*, *op. cit.*, p. 771.

⁵³ Verhoeven, J., “La notion d’applicabilité directe’ du droit international”, *Revista Belga de Derecho Internacional (RBDI)*, vol. 15, núm. 2, 1980, p. 243.

Como se observa, “el artículo 45 reafirma, complementa, aclara y amplía el artículo 5o. de la III Convención de Ginebra”.⁵⁴ Las presunciones del estatuto de PG y la inversión que el artículo 45 hace de la carga de la prueba, son extensiones del artículo 5o. del CG III. Si bien, el artículo 45 no refleja el derecho consuetudinario en su integridad, es cierto que el principio de presunción del estatuto de PG es una norma consuetudinaria que es conforme con la práctica del Estado.⁵⁵

No obstante, si luego de la evaluación realizada, el tribunal competente concluye que no es posible otorgar a la persona en cuestión el estatuto de PG (no siendo aplicable el CG III), se activa la consideración de ser un civil siendo protegida por el CG IV —sin perjuicio de las eventuales suspensiones de derecho que prevé el artículo 5o. del CG IV—, junto con las garantías previstas en el artículo 75 del PA I. Con ello se proveerá a la persona un trato más favorable, independientemente que los delitos que se le acusa sean o no infracción grave.

IV. PROTECCIÓN DEL IV CONVENIO DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A PERSONAS CIVILES EN TIEMPOS DE GUERRA

Las personas protegidas bajo el CG IV en su calidad de personas civiles, son aquellas que, “en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.⁵⁶ De acuerdo a la generalidad de esta regla, expresamente prevista en el primer párrafo del artículo 4o., podría interpretarse que el ámbito de aplicación del CG IV no sólo abarcaría a las personas civiles, sino también a los miembros de las fuerzas armadas.⁵⁷

⁵⁴ Bothe, M. *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additions to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 260.

⁵⁵ Naqvi, *op. cit.*, p. 592.

⁵⁶ Aunque, tener en cuenta que las disposiciones del Título II tienen una aplicación más amplia ya que se refiere al conjunto de la población de los países en conflicto (artículo 13).

⁵⁷ Pictet, *op. cit.*, p. 46.

Esta regla, recogida por la jurisprudencia internacional,⁵⁸ se acompaña de excepciones. Así, conforme al segundo párrafo del referido artículo, no son personas protegidas bajo la categoría de civiles: *i*) súbditos de un Estado no parte del CG; *ii*) súbditos de un Estado neutral (sólo si están en territorio de un Estado beligerante); *iii*) súbditos de un Estado cobeligerante mientras dicho Estado tenga representación diplomática ante el Estado detenedor, y *iv*) personas protegidas por los CCG I–III (párrafo 4).⁵⁹

El haber participado ilícitamente en las hostilidades no constituye un criterio para excluir la aplicación de la GC IV. Es más, el mismo artículo 5o. estipula ciertas derogaciones para la protección que prevé el CG IV, usando para ello la expresión “personas protegidas” respecto de personas capturadas como espías, saboteadores o sospechosas de dedicarse, o de las que se ha demostrado que se dedican, o se han dedicado, a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante.

Otro argumento para fundamentar la aplicación del CG IV se extrae de la primera frase del artículo 45.3 del PA I que contiene una confirmación explícita según la cual “la persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del... Protocolo”.

Además, de la segunda frase del artículo 45.3 del PA I (“[t]al persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5o. del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio”) puede inferirse que las personas que participan en las hostilidades en el marco de un territorio ocupado, sin tener derecho al estado de PG, están protegidas por el CG IV; de lo contrario, no habría justificación para restringir el ámbito de aplicación del artículo 5o. del referido instrumento.⁶⁰

Cabe señalar que el Título III del CG IV define las protecciones a otorgar para las personas protegidas. Mientras que la Sección I prevé disposiciones comunes a territorios de partes en conflicto y territorios ocupados (*v. gr.*

⁵⁸ Tpiy, Fiscal v. Delalic, 15 de julio de 1999, párrafo 84.

⁵⁹ Dörmann, K., “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, núm. 849, 2003, p. 48.

⁶⁰ Bothe, Partsh, y Solf, *op. cit.*, p. 261.

trato humano, prohibición de tortura, responsabilidad individual, y prohibición de castigos colectivos, pillaje, represalias y toma de rehenes), las secciones II y III fijan reglas específicas sobre el trato debido a los extranjeros⁶¹ y territorios ocupados,⁶² respectivamente. La sección IV incluye el trato debido a los internados.⁶³

Así, el CG IV es categórica,

...todas las personas que estén en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas son personas protegidas. No hay lagunas.⁶⁴ “En efecto, abarca a todas” las personas que estaban en el territorio antes del desencadenamiento de la guerra (o del comienzo de la ocupación) como a aquellas que se dirigen a ese territorio o se encuentran en él como resultado de circunstancias diversas: viajeros, turistas... e incluso, a veces, espías o saboteadores.⁶⁵

Siendo que los derechos del CG IV no son absolutos (existen las derogaciones del artículo 5o.) y más allá de confusas interpretaciones sobre ciertas expresiones (*v. gr.* “se sospecha fundadamente”, “en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente”), las personas protegidas “serán, sin embargo, tratados con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo”.⁶⁶

⁶¹ Por ejemplo, derecho a salir del territorio; trato debido a personas detenidas; derecho a recibir socorros individuales o colectivos, y atención médica, y a practicar su religión; trabajo remunerado; medidas de control, es decir, residencia forzosa e internamiento y procedimiento; y traslado a otra Potencia.

⁶² Por ejemplo, normas sobre traslados; niños; trabajo; víveres y suministros médicos; higiene y sanidad pública; socorros; legislación penal; procedimientos penales; trato debido a los detenidos; y medidas de seguridad.

⁶³ Por ejemplo, lugares de internamiento; alimentación y vestimenta; higiene y asistencia médica; religión, actividad intelectual y física; propiedad personal y recursos financieros; administración y disciplina; sanciones penales y disciplinarias; traslado de internados; fallecimientos; liberación, repatriación y hospitalización en países neutrales.

⁶⁴ Gasser, H., “Protection of the Civilian Population”, en Fleck (Ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 528.

⁶⁵ Pictet, J., *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958, p. 47.

⁶⁶ Rosas, A., *The legal status of prisoners of war: a study in international humanitarian law applicable in armed conflicts*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, p. 412; Pictet, *op. cit.*, p. 58; Kalshoven y Zeqveld, *op. cit.*, p. 72.

V. DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO CODIFICADO EN EL ARTÍCULO 75 DEL PROTOCOLO I

El artículo 75 del PA I, referido mediante el artículo 45.3 mencionado *supra*, “constituye, asimismo, más incluso que el artículo 3o. común de las Convenciones de Ginebra de 1949, que ha sido denominado (un) “miniconvenio”, una especie de “compendio de la ley”, sobre todo en el complejo ámbito de las garantías judiciales”.⁶⁷ Así, este artículo presenta las garantías mínimas a aplicar a toda persona que esté en poder de una parte en conflicto, teniendo en cuenta que:

- Las personas que no están protegidas por las GC I–III no están siempre protegidas por la GC IV, según los requisitos de nacionalidad del artículo 4o. Así, el artículo 75 prevé garantías judiciales (artículo 4o.) antes sólo centrada en el artículo 3o. común a la GGC o cláusula de Martens, consideradas parte del derecho internacional consuetudinario, y
- Las personas que estando protegidas por la GC IV, deben afrontar las derogaciones previstas en el artículo 5o., y con ello, un conjunto de restricciones sobre sus derechos. Así, el artículo 75 mejora —respecto del trato (párrafos 1 y 2) y la detención, prisión e internamiento (párrafo 3o.)— la protección de la GC IV (secciones I, II y IV del título III).

Las protecciones previstas en el artículo 75 forman parte del derecho internacional consuetudinario, y conforme a lo previsto en su párrafo primero, las personas deben cumplir con tres condiciones: *i*) encontrarse en una situación de conflicto armado o de ocupación; *ii*) estar en poder de una parte en conflicto, y *iii*) no disfrutar de un trato más favorable en virtud de los CCG o del PA I.⁶⁸

En relación con el trato debido a las personas protegidas, el párrafo 2o. enumera los actos que atentan contra vida, salud e integridad física o mental (*v. gr.* homicidio, tortura, penas corporales y mutilaciones), y desarrolla los actos que tienen por fin humillar, ridiculizar u obligar a realizar actos degra-

⁶⁷ Sandoz, *et al.*, *op. cit.*, p. 1213.

⁶⁸ *Idem.*

dantes (*v. gr.* tratos humillantes y degradantes y formas de atentado al pudor). Además, hace referencia sobre la toma de rehenes y establece la prohibición de penas colectivas y la prohibición de medidas de intimidación.

Respecto de la detención, prisión e internamiento, se recuerda la norma consuetudinaria que señala “[q]ueda prohibida la privación arbitraria de la libertad” (norma 99).⁶⁹ Así, toda acción de esta índole debe encontrarse conforme al DIH,⁷⁰ caso contrario sería una detención ilegal e infracción grave. De acuerdo con el párrafo 3, toda persona detenida, presa o internada “será informada sin demora ... de las razones que han motivado esas medidas”.

Sobre las garantías judiciales, el párrafo 4 prevé “[n]o se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial”. Esta regla coincide con la norma consuetudinaria “nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales” (norma 100).⁷¹ Lo contrario sería infracción grave (CG III, artículo 130; CG IV, artículo 147; PA I, artículo 85, párrafo 4).

Mientras que el artículo 3o. común sólo alude a las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, el artículo 75 enumera esas garantías (*v. gr.* derecho a ser informado de la naturaleza y causas de la acusación; derecho a la asistencia jurídica gratuita; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, principios de legalidad, presunción de inocencia y *non bis in idem*; derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; derecho a interponer recursos judiciales disponibles en los plazos correspondientes).

Conforme al párrafo 6 del artículo 75, las personas detenidas, presas o internadas disfrutarán de la protección otorgada, “incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento”. La utilidad de la regla es evidente,⁷² por

⁶⁹ Henckaerts y Doswald-Beck, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁰ En la CG III no se liberan combatientes enemigos para evitar que estos continúen participando en las hostilidades (artículos 21 y 118), y, en la CG IV, no se liberan a las personas detenidas, presas o internadas, si la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace necesario (artículo 42) o, en territorio ocupado, “por razones imperiosas” (artículo 78).

⁷¹ Henckaerts y Doswald-Beck, *op. cit.*, p. 401.

⁷² Sandoz, Swinarski y Zimmermann, *op. cit.*, p. 1242.

lo que, se entiende —aunque no lo dice expresamente— que las garantías judiciales descritas también se continúan aplicando luego de terminado el conflicto armado y hasta su liberación definitiva.⁷³

Finalmente, es de resaltar que a través de su párrafo 8, el artículo 75 prevé que “[n]inguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas ... una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional”. Así, este párrafo establece una noción amplia de trato más favorable, pudiendo admitir disposiciones favorables en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.

VI. CONCLUSIONES

El combatiente es quien participa en las hostilidades interviniendo en un ataque para alcanzar una ventaja militar concreta y directa. Si se encuentra autorizado por una parte en un CAI a participar en las hostilidades, en caso de ser capturado, el combatiente adquiere automáticamente el estatuto de prisionero de guerra, no pudiendo ser juzgado por el hecho de cometer actos de hostilidad, y debiendo ser tratado con humanidad desde la captura hasta su liberación y repatriación, según el CG III. Si no se encuentra autorizado a participar en las hostilidades, y participa en estas, tal combatiente no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra, no obstante, goza de un mínimo de garantías aplicables, y tras su captura, puede ser juzgado y sancionado según el derecho interno por su beligerancia no privilegiada, aún si sus actos cumplieron con el DIH.

En relación con la persona que participa en las hostilidades, pero al parecer no está incluida en ninguna de las categorías de combatientes, existe duda en torno a su estatuto de combatiente, el artículo 5.2 del CG III indica que, si hay dudas respecto del estatuto de prisionero de guerra de un capturado que ha cometido un acto de beligerancia, un tribunal competente

⁷³ Se entiende por “liberación definitiva” el fin del cautiverio, de la detención o de otras medidas restrictivas de la libertad resultantes del conflicto armado o de la ocupación; por “repatriación” se entiende el retorno al país cuya nacionalidad se tiene o, en su caso, donde se tenía la residencia habitual; por “reasantamiento” concierne a las personas que no pueden ser repatriadas ni liberadas y por esto se debe procurar la instalación de la persona en otro país.

conformado a la luz del derecho interno de la potencia detenedora determinará su estatuto. Además, el artículo 45 del PI instaura un sistema de presunciones que funcionan a favor del detenido, así como prevé el establecimiento de un tribunal competente encargado de determinar el estatuto cuando, pese a la presunción, subsiste una duda y, un tribunal judicial que valorará el estatuto cuando el detenido está acusado de cometer una infracción en el marco de las hostilidades.

Todas las personas que no están protegidas por los CG I–III, y que participan en las hostilidades, tienen derecho a la protección que asigna el CG IV que define, a través de su artículo 4o., a la persona civil como aquella persona protegida que en cualquier momento y de la manera que sea, esté en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante. Esta definición residual permite que la exclusión de la condición de combatiente implique la afirmación de la condición de civil, afectándose ésta no por la participación en hostilidades, sino por la nacionalidad, lo que se confirma con lo previsto en el artículo 45.3 del PI, que a su vez prevé la aplicación del artículo 75 del PA I para quien, por haber tomado parte en las hostilidades, no tiene derecho al estatuto de PG ni disfrute de un trato más favorable según el CG IV.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALDRICH, G., “The Talibán, Al-Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”, *American Journal of International Law*, vol. 96, núm. 4, 2002.
- ANDERSON, K., “What to Do with Bin Laden and Al-Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 25, 2002.
- AKSAR, Y., “Mercenaries in the Law of Armed Conflict”, *The New Humanitarian Law of Armed Conflicts*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1979.
- BOISSIER, P., *L'épée et la balance, la répression des crimes de guerre*, Ginebra, Labor et Fides, 1953.
- BORELLI, S., “Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la guerra contra el terrorismo”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 857, 2005.

- BOTHE, M. *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- CARRILLO SALCEDO, J., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991.
- DABONE, D., *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Ginebra, Collection genevoise. Droit International, Schulthess, 2012.
- DAVID, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruselas, Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1994.
- DE PREUX, J., *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958.
- DOMÉNECH, J., “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, núm. 78, 2003.
- DOMÉNECH, J., “La protección del prisionero de guerra”, *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- DÖRMANN, K., “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged Combatants’”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 85, núm. 849, 2003.
- DUPUY, P., *Droit International Public*, París, Dalloz, 1998.
- FISHER, H., “Protection of Prisoners of War”, en *Fleck (ed.)*, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- FITZPATRICK, J., “Jurisdiction on Military Commission and the Ambiguous War on Terrorism”, *American Journal of International Law*, vol. 96, núm. 2, 2002.
- GASSER, H., “Protection of the Civilian Population”, en *Fleck (ed.)*, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- GREEN, L., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Nueva York, Manchester University Press, 1993.
- HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, CICR, vol. I, 2007.
- JENKINS, B., *Terrorismo Internacional*, Madrid, Instituto de Cuestiones Internacionales, 1984.
- KALSHOVEN, F. y ZEGVELD, L., *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, CICR, 2003.

- KEWLEY, G., *Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Collingwood, Victorian Commercial Teachers Association, 1984.
- KOLB, R. y HYDE, R., *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, Portland Oregon, 2008.
- MAUNOIR, J., *La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés*, Ginebra, Médecine et Hygiène, 1956.
- MCDONALD, A., *Defining the War on Terror and Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich*, 2002.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, C., *Curso de Direito Internacional Público*, Río de Janeiro, Renovar, vol. 2, 1992.
- NAQVI, Y., "Doubtful prisoner-of-war-status", *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 847, 2002.
- PFANNER, T., "Military Uniforms and the Law of War", *International Review of the Red Cross*, vol. 86, núm. 853, 2004.
- PICTET, J., *Commentary: III La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958.
- PICTET, J., *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J., "Tratamiento de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario y protección de las víctimas de la guerra", *Tiempo de Paz*, núm. 64, 2002.
- ROSAS, A., *The Legal Status of Prisoners of War: a Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976.
- SANDOZ, Y. et al., *Comentario del Protocolo del 08 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*; Bogotá, CICR y Plaza & Janés Editores Colombia, 2000.
- SASSOLI, M., "La guerra contra el terrorismo, el derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra", *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, núm. 78, 2003.
- SASSOLI, M., "Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research—Harvard University, Occasional Paper Series*, núm. 6, 2006.

- SASSOLI, M. *et al.*, *How Does Law Protect in War?*, Ginebra, International Committee of the Red Cross, 2011.
- SCHINDLER, D., “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, t. 163, vol. II, 1979.
- SOLIS, G., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- VERHOEVEN, J., “La notion d’applicabilité directe’ du droit international”, *Revista Belga de Derecho Internacional (RBDI)*, vol. 15, núm. 2, 1980.

Genealogía del régimen internacional de asilo: ¿control o protección?

Genealogy of the International Asylum Regime: Control or Protection?

Généalogie du régime d'asile international: contrle ou protection?

Elisa Ortega Velázquez*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Delimitación de la institución del asilo y sus modalidades*. III. *La creación del sujeto refugiado: definición y límites*. IV. *Genealogía del régimen internacional de los refugiados*. V. *Racionalidad biopolítica del régimen internacional de asilo: selección, control y exclusión, no protección*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7013-0693>, elisaov@unam.mx.

Artículo recibido el 31 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 367-312
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-BJV, 2022.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: La hipótesis central de este artículo es que el régimen internacional asilo, y su instrumentación a través del régimen de refugiados, tiene una racionalidad biopolítica de control, selección y exclusión que sirve a los fines prácticos, políticos, racistas y clasistas de los Estados; es decir, el objetivo es rebatir la narrativa imperante que lo presenta con una lógica humanitaria de protección de las personas perseguidas y afín a los derechos humanos y demostrar que desde sus orígenes tiene una racionalidad distinta. El diseño metodológico es deductivo, es decir, se llegó a dicha teorización a través de fuentes documentales. Para efectos de probar la hipótesis referida, en primer lugar, se estudiará cómo se ha construido, definido y limitado al sujeto refugiado. En segundo lugar, se elaborará una genealogía del régimen internacional de los refugiados en sus cuatro fases de desarrollo, que van de inicios del siglo XX a la actualidad. Y, en tercer lugar, se analizará la racionalidad biopolítica del régimen internacional de los refugiados, la cual se basa en la selección, el control y la exclusión, mas no en la protección de estas personas.

Palabras clave: asilo, refugiados, derecho internacional público, control y selección, derechos humanos.

ABSTRACT: The central hypothesis of this article is that the international asylum regime, and its implementation through the refugee regime, has a biopolitical rationality of control, selection and exclusion that serves the practical, political, racist and class ends of the States. In other words, the objective is to refute the prevailing narrative that presents it with a humanitarian logic of protection of persecuted people and in line with human rights and to demonstrate that from its origins it has a different rationality. The methodological design is deductive; that is, this theorization was reached through documentary sources. For the purposes of testing the referred hypothesis, first, how the refugee subject has been constructed, defined, and limited will be studied. Second, a genealogy of the international refugee regime will be drawn up in its four phases of development, from the early 20th century to the present. And third, the biopolitical rationality of the international refugee regime will be analyzed, which is based on selection, control, and exclusion, but not on the protection of these people.

Key words: asylum, refugees, international public law, control and selection, human rights.

RÉSUMÉ: L'hypothèse centrale de cet article est que le régime international d'asile, et sa mise en œuvre à travers le régime des réfugiés, a une rationalité biopolitique de contrôle, de sélection et d'exclusion qui sert les fins pratiques, politiques, racistes et de classe des États. En d'autres termes, l'objectif est de réfuter le discours dominant qui le présente avec une logique humanitaire de protection des personnes persécutées et conforme aux droits de l'homme et de démontrer que depuis ses origines il a une autre rationalité. La conception méthodologique est déductive. En d'autres termes, cette théorisation a été atteinte à travers des sources documentaires. Aux fins de tester l'hypothèse évoquée, on étudiera tout d'abord comment le sujet réfugié a été construit, défini et limité. Deuxièmement, une généalogie du régime international des réfugiés sera dressée dans ses quatre phases de développement, du début du 20e siècle à nos jours. Et, troisièmement, la rationalité biopolitique du régime international des réfugiés sera analysée, qui repose sur la sélection, le contrôle et l'exclusion, mais pas sur la protection de ces personnes.

Mots-clés: asile, réfugiés, droit international public, contrôle et sélection, droits de l'homme.

I. INTRODUCCIÓN

Los numerosos y complejos procesos de globalización han tenido como consecuencia, entre otras cosas, que aumenten los flujos de refugiados y otros movimientos de personas a gran escala. Por ello, el concepto de refugiado es familiar en la mayoría de las sociedades contemporáneas; sin embargo, cada vez es más complejo que las personas perseguidas puedan acceder a esta categoría migratoria y la protección que otorga ya que la consigna de los Estados es impedirlos o, de menos, dificultárselos.

De hecho, el régimen internacional de asilo se caracteriza por su falta de vigencia y aplicación a las personas perseguidas de nuestro tiempo: aquéllas desplazadas por violencias de todo tipo (género, criminal, estatal, etcétera), conflictos armados y desastres medioambientales. Por su parte, las legislaciones nacionales de migración y asilo construyen a estas personas como amenazas a la seguridad, el orden y la identidad de los Estados y les impiden acceder a la protección que prevé el régimen internacional de refugiados, y las expulsan a una muerte casi segura a los lugares de los cuales vienen huyendo, o a otras regiones inseguras mediante acuerdos legales como los de “tercer país seguro” o “primer país de llegada”.

A nivel global abundan ejemplos contemporáneos que ilustran lo anterior. En Estados Unidos, por ejemplo, durante el régimen trumpista (2017-2021) se entabló una guerra abierta al asilo a través de la emisión de órdenes ejecutivas y políticas que lo fueron restringiendo hasta el punto de hacerlo casi inaccesible. Las caravanas migrantes procedentes de Centroamérica y la pandemia por COVID-19 fueron los detonadores de este proceso. En Europa la situación no ha sido mejor: se han echado a andar regulaciones y políticas —como el Acuerdo Unión Europea/Turquía de 2016, los *hotspots* y campos de refugiados en Grecia— que tienen como fin erosionar las rutas migratorias de personas que se consideran “indeseables” para la Unión Europea (por ejemplo, sirios, afganos, eritreos, iraquíes y malienses) y que intentan llegar a Europa central y del norte para escapar de los conflictos armados y las dictaduras militares en sus regiones de origen. Así, en años recientes y en distintas latitudes se ha normalizado ver imágenes de cientos de personas perseguidas, varadas y muriendo sin que los países del Norte Global hagan algo por ellas.

Los movimientos forzados de personas a gran escala desafían los proyectos de los Estados de asegurar la manejabilidad y productividad de sus poblaciones a través del control y la regulación de sus cualidades biológicas y su comportamiento, que es lo que Michel Foucault¹ denominó como “biopolítica”. Por ello, los gobiernos echan a andar dispositivos (por ejemplo regulación migratoria), discursos (por ejemplo securitización y derecho de asilo) y políticas o tecnologías de poder/biopolíticas (por ejemplo externalización de controles migratorios y régimen internacional de los refugiados) dirigidos a gestionar la vida y muerte de los migrantes y refugiados.

Visto desde esta óptica, el control de la migración es un dispositivo biopolítico de producción de subjetividad, gestión de la movilidad y gobierno de la población.² Y la regulación de la migración es una biopolítica que administra, controla, construye y finalmente expulsa a los migrantes de un país, en un modo que sea funcional a la reproducción del capitalismo global: ya sea por sus calificaciones laborales o por su vulnerabilidad socioeconómica a la explotación.³

La hipótesis central de este artículo es que el régimen internacional de asilo, y su instrumentación a través del régimen de refugiados, tiene una racionalidad biopolítica de control, selección y exclusión que sirve a los fines prácticos, políticos, racistas y clasistas de los Estados, es decir, el objetivo es rebatir la narrativa imperante que lo presenta con una lógica humanitarista de protección de las personas perseguidas y afín a los derechos humanos y demostrar que desde sus orígenes tiene una racionalidad distinta. El diseño metodológico es deductivo, es decir, se llegó a dicha teorización a través de fuentes documentales. Para efectos de probar la hipótesis referida, en primer lugar, se estudiará cómo se ha construido, definido y limitado al

¹ Foucault, Michel *et al.*, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-79*, Basingstoke England, New York, Palgrave Macmillan, 2008, p. 41.

² Mezzadra, Sandro, *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005.

Walters, William, “Border/Control”, *European Journal of Social Theory*, vol. 9, núm. 2, 2006, pp. 187-203.

Rigo, Enrica, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'unione allargata*, Milán, Booklet Milano, 2007.

Vaughan-Williams, Nick, *Border Politics: The Limits of Sovereign Power*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.

³ Estévez, Ariadna, *Guerras necropolíticas y biopolítica de asilo en América del Norte*, México, UNAM-UACM, 2018, p. 53.

sujeto refugiado. En segundo lugar, se elaborará una genealogía del régimen internacional de los refugiados en sus cuatro fases de desarrollo, que van de inicios del siglo XX a la actualidad. Y, en tercer lugar, se analizará la racionalidad biopolítica del régimen internacional de los refugiados, la cual se basa en la selección, el control y la exclusión, mas no en la protección de estas personas.

II. DELIMITACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SUS MODALIDADES

Según el Instituto de Derecho Internacional, el asilo es “la protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que llega a solicitarlo”.⁴ Sin embargo, también señala que el Estado tiene el derecho de expulsar al asilado salvo que otros Estados se nieguen a aceptarlo y que, en situaciones que involucran a flujos masivos de refugiados, depende de los Estados el manejarlos de la mejor forma sobre la base de compartirlos de la manera más equitativa entre sus respectivos territorios (artículo 2o.). Como se ve, en ninguna parte de esta definición, realizada en 1950 por una de las principales autoridades en derecho internacional, se hace referencia a los derechos de los refugiados. En otras palabras, en el año anterior a la adopción de la Convención de 1951, un importante cuerpo de juristas internacionales identificó el derecho de asilo como fundamentalmente conferido a los Estados de acogida, no a la personas refugiadas.

El asilo es una institución reconocida en el derecho internacional público, desde la formación del Estado-nación moderno, que tiene raíces históricas bien establecidas en la práctica estatal. No obstante, el asilo ha existido desde la antigüedad y originalmente era aplicable a toda persona perseguida por cualquier motivo, quien podía ponerse a salvo si entraba en un santuario, templo u otro lugar sagrado asociado a la religión, pues allí no podía ser objeto de detención o castigo. La base de lo que en ocasiones se ha llamado el “derecho de santuario” radicaba en la autoridad divina que imperaba en esos lugares. Existía la creencia de que la violación del asilo en un santuario traería aparejado un severo castigo de la divinidad a la cual éste

⁴ “El Asilo en el derecho internacional público” 5a. Comisión, Bath, Instituto de Derecho Internacional, 1950.

estaba consagrado. Esta práctica fue común en diversas religiones y existió en distintas partes del mundo.⁵

Con la consagración del principio de soberanía estatal a partir de 1648 (Paz de Westfalia), la persona perseguida que llegaba a otro Estado se ponía a salvo no por colocarse bajo la tutela de una deidad o figura religiosa, sino por la falta de autoridad del perseguidor en ese otro territorio. Así, con la aparición del moderno Estado-nación, el asilo se transformó en una forma de protección internacional para los extranjeros perseguidos. Con el tiempo, los Estados han ido estableciendo las normas relativas de acceso al asilo en sus territorios de manera independiente y a partir de su propia voluntad soberana. Esto a pesar de los esfuerzos que se han hecho en el plano internacional, desde el periodo entre las guerras mundiales, en busca de criterios y normas comunes de alcance universal que regulen a la institución y den acceso, sin discriminación alguna, a todas las personas que sufren algún tipo de persecución y no pueden acogerse a la protección de su Estado.

Existen dos modalidades de asilo: el asilo político y el asilo bajo el estatus de los refugiados.⁶

1. *El asilo político*

Es la protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales cuando su vida, integridad personal, seguridad y/o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con éstos. Históricamente, la práctica del asilo político es anterior a la existencia del régimen internacional de protección de los refugiados, que nació en el periodo de entreguerras del siglo XX, y del régimen internacional de protección de los derechos humanos, que tiene su origen al finalizar la Segunda Guerra Mundial. La razón es que desde hace siglos se han producido movimientos forzosos de personas

⁵ D' Estefano, M., *Fundamentos del Derecho Internacional Público Contemporáneo*, La Habana, Universidad de La Habana, 1985.

⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5o., 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Corte IDH, 2018, párr. 65-68.

y grupos como resultado de persecuciones, guerras, revoluciones, luchas de poder y expulsiones individuales o masivas por causas políticas, sociales, religiosas, étnicas y otras. El asilo político puede ser de dos tipos:

A. *Asilo territorial*

Es la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos. Según la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, adoptada en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), “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” (artículo I).

B. *Asilo diplomático*

Es la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos, sin necesidad de que la persona perseguida abandone el país del que desea salir.

Según la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, adoptada también bajo el auspicio de la OEA:

Legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios. Los navíos de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no pueden constituir recinto de asilo (artículo I).

Y “todo Estado tiene derecho de conceder asilo; *pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega*” (artículo II).

2. El asilo bajo el estatuto de los refugiados

Esta forma de asilo tiene sus bases normativas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, pero su origen se remonta a inicios del siglo XX cuando la Sociedad de Naciones recibió el mandato de encontrar una solución al tema de los extranjeros desplazados por los conflictos bélicos y presentes en otro Estado distinto del de su nacionalidad, sin un vínculo jurídico efectivo ya con otro Estado.⁷ Su fin es otorgar protección a las personas que se encuentran fuera del país de donde son originarias o residen habitualmente, debido a un temor fundamentado de persecución por razones de etnia, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas, y que no pueden o no quieren reclamar la protección de su país para poder volver (artículo 1.A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951).

El derecho de buscar y recibir asilo está consagrado en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, y es considerado como un derecho humano.⁸ Este derecho se encuentra reconocido no sólo en los instrumentos del sistema universal de derechos humanos señalados, sino también en los sistemas regionales de derechos humanos, el americano, el europeo y el africano, y en varias Constituciones nacionales.

En algunos países de América Latina, las normativas nacionales han incorporado el término “refugio” para abarcar todo lo relacionado con el régimen por la ONU. Sin embargo, estas normas son distintas de las que regulan el asilo político (diplomático y territorial) y que remiten al siste-

⁷ Gil-Bazo, María-Teresa, “El asilo en la práctica de los estados de América Latina y África”, *Informes de Investigación del ACNUR*, núm. 249, 2013, p. 7.

⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5o., 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Corte IDH, 2018, párr. 132.

ma de tratados en la materia que existe en el seno de la OEA. Este llamado “dualismo” entre los términos asilo y refugio en la región ocasiona que se asocie a cada uno con sistemas de protección completamente diferentes entre sí. Sin embargo, esto no sucede en el resto del mundo, en donde se habla de asilo y solicitantes de asilo, independientemente de si estamos hablando de asilo político o asilo bajo el estatuto de los refugiados; por ejemplo, en inglés: *asylum* y *asylum seekers*, y en francés: *asyle* y *demandeurs d’asyle*.⁹

Sin embargo, en Latinoamérica se ha generalizado la idea de que el “refugio” es el sistema de protección establecido por la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y que el “asilo” se refiere a aquél que se otorga por persecución política. En la región existe una muy importante tradición en materia de asilo político, la cual se desarrolló a lo largo del siglo XX y dio lugar a la adopción de diversos tratados regionales para regularlo: Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939); Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940); Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954), y Convención sobre Extradición (Montevideo; 1993).

En suma, la figura genérica es el asilo, y las especies o modalidades son el asilo político, que puede ser territorial o diplomático, y el asilo bajo el estatuto de los refugiados; esto es, el refugio. Y las tres modalidades tienen un propósito común: salvar la vida de las personas perseguidas, independientemente del motivo de persecución.

III. LA CREACIÓN DEL SUJETO REFUGIADO: DEFINICIÓN Y LÍMITES

En términos generales, en derecho internacional una persona refugiada puede ser definida como aquélla que se ve forzada a abandonar su lugar de

⁹ San Juan, César Walter, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo asilo-refugio a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en Franco, Leonardo (ed.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Buenos Aires, ACNUR, UNLA, IIDH, 2003, pp. 23 y 24.

residencia, por ciertas razones específicas, y que se encuentra fuera de su Estado de origen y no cuenta con su protección.¹⁰ En términos jurídicos, el artículo 1.A.2) de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 proporciona la definición universal de quién es un refugiado; sin embargo, en esta definición se pueden identificar las siguientes limitaciones:

1. *Limitaciones temporal y geográfica*

El artículo 1.A.2) de la Convención de 1951 establece una limitación temporal sobre quién puede ser refugiado: sólo se reconoce como refugiados a aquéllos que necesitaran protección internacional como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951. Y el artículo 1.B.a) permite que los Estados protejan solamente a los refugiados que provengan de Europa. De este modo, la Convención de 1951 obligó a los Estados sólo con cierta clase de refugiados: los europeos y por eventos sucedidos antes de 1951.¹¹

La limitación temporal fue solventada con el Protocolo de 1967, adicional a la Convención de 1951, el cual suprimió la fecha y aplicó el articulado de la Convención a todos los refugiados que sean reconocidos como tales. Sin embargo, la limitación espacial sólo fue eliminado en parte, ya que el Protocolo sólo contempló la supresión de dicha restricción geográfica para los nuevos Estados parte del instrumento legal (aquéllos que no fueran parte de la Convención de 1951 con anterioridad), y la mantiene y respeta para los Estados que ya fueran parte del instrumento de 1951 y quisieran adherirse al Protocolo. Por tanto, para que la Convención de 1951 sea aplicable en su totalidad, es necesario que los Estados se adhieran no solo a ésta, sino también al Protocolo de 1967 y que lo hagan sin establecer la reserva geográfica.

¹⁰ Chimni, B. S., *International Refugee Law: A Reader*, Nueva Delhi-Londres, Sage, 2000, p. 1.

¹¹ Einarsen, T., "Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol", en Zimmermann, Andreas (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011, p. 52.

2. Limitación de la perspectiva de género

La definición del sujeto refugiado no incluye como un motivo válido de persecución la violencia sexual y de género, excluyendo así de la protección internacional a las mujeres desplazadas de manera forzada por estas razones. Esta limitación fue abordada de manera muy incipiente en 1995, cuando el ACNUR emitió lineamientos para prevenir y responder a la violencia sexual que sufren las mujeres y niñas refugiadas lo cual, reconoce, puede acontecer antes de que inicien la huida.¹² Hasta 2002 el ACNUR emitió unas directrices que abordan de manera formal la persecución por motivos de género, en el contexto del artículo 1 a (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967. Así, por fin el ACNUR reconoció que, si bien los actos de persecución son perpetrados mayormente por las autoridades de un país, en los casos de tratos gravemente discriminatorios y de violencia sexual y de género, los actos de persecución pueden ser perpetrados por agentes no estatales, pero tolerados por el Estado.¹³

El ACNUR define el género como “las relaciones entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo”. Y resalta la importancia de que los funcionarios encargados del reconocimiento de la condición de refugiado consideren las solicitudes de asilo por este motivo, que abarcan actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir valores y costumbres morales y discriminación contra miembros de la comunidad LGBT.¹⁴

Para hacer válido el género como motivo de persecución, el ACNUR señala que debe interpretarse como nexo causal de alguno de los motivos establecidos por la Convención de 1951: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.¹⁵ Lo más común

¹² ACNUR, *Sexual Violence Against Refugees: Guidelines on Prevention and Response*, ACNUR, 1995.

¹³ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 a (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados*, ACNUR, 2002.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 7-10.

es establecer el nexo con el motivo “pertenencia a un grupo social”,¹⁶ debido a que es una causal flexible que permite incluir no sólo a las mujeres sino también a los grupos de la comunidad LGBT,¹⁷ los cuales comparten una característica innata y entran en la definición de “determinado grupo social” señalada por el ACNUR. Esto en concordancia con el hecho de que el género *per se* no es estático ni inmutable.

3. Limitación de los motivos para pedir asilo

La Convención de 1951 establece un número cerrado de motivos por los cuales una persona puede ser considerada como perseguida y pedir asilo: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opiniones políticas. De este modo, la definición de refugiado deja fuera a los desplazados internos, los refugiados económicos, los apátridas por razones no relacionadas con la persecución, las personas que huyen de situaciones generales de violencia o guerra, y aquéllas que huyen de desastres naturales o ecológicos.¹⁸ Aún más, los Estados conservaron el derecho de excluir de la categoría de refugiado a quienes consideraran “indignos o indeseables” sobre la base de la seguridad nacional y la seguridad pública, situación que encontró expresión en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de 1951.¹⁹

Algunos autores como Black²⁰ y Estévez²¹ señalan que la definición de refugiado fue establecida normativamente en la Convención de 1951 pero producida con fines políticos para proteger a un tipo específico de refugiados, por ello no contempla las condiciones sociales, políticas, económicas y ambientales que obligan a las personas a desplazarse en el contexto con-

¹⁶ ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1a(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, ACNUR, 2002, p. 4.

¹⁷ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional no. 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*, ACNUR, 2012.

¹⁸ Einarsen, T., *op. cit.*, p. 52.

¹⁹ Hathaway, James C., “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 31, núm. 1, 1990, p. 172.

²⁰ Black, Richard, “Fifty Years of Refugee Studies: From Theory to Policy”, *International Migration Review*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp. 57-78.

²¹ Estévez, A; *Guerras Necropolíticas...*, *cit.*

temporáneo, por ejemplo, la violencia criminal y de género o los desastres medioambientales. Visto desde esta perspectiva, es posible entender porqué la definición de refugiado de la Convención de 1951 no describe a los refugiados de nuestro tiempo pero sí los excluye de la protección al condicionarlos con una serie de requerimientos legales creados a medida para cierta clase de refugiados.²² La limitación de los motivos para pedir asilo se intentó abordar desde los sistemas regionales de derechos humanos, africano y americano, los cuales han elaborado definiciones ampliadas de quién es una persona “refugiada”.

La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África de 1969 repite la definición de refugiado de la Convención de 1951 e incluye además la agresión extranjera, la ocupación o dominación extranjera y acontecimientos que perturben gravemente el orden público *en una parte o la totalidad del país*, como motivos válidos para buscar la condición de refugiado. También establece un nexo entre la ocurrencia de tales motivos y el abandono de las personas de su lugar de residencia habitual. De este modo, bajo los términos de esta definición, pueden o no existir temores fundados de persecución ya que lo que impera es la existencia de una situación grave que priva a las personas de las garantías normales y las obliga a abandonar su país para buscar protección en el extranjero.

En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de 1984 señala que la definición de refugiado, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, debe considerar como refugiadas: “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Como se aprecia, esta definición incluye como motivos válidos para pedir asilo la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Las definiciones africana y americana de “refugiado” son muy parecidas, pero difieren en el alcance territorial: de acuerdo con la Convención de la

²² *Ibidem*, pp. 136-143.

OUA, las razones que dan lugar a la condición de refugiado pueden ocurrir “en una parte o en la totalidad del país de origen” (artículo 1.2), mientras que la definición de la Declaración de Cartagena no incluye esta referencia territorial.

La invariable intersección entre el régimen internacional de los refugiados y la normativa internacional de derechos humanos —cuyas piedras angulares son la dignidad de todas las personas y el principio de no discriminación— debería ser razón suficiente para que la Convención de 1951 incluyera en su definición de refugiado a todas las personas perseguidas, *sin discriminación alguna*, independientemente de su origen nacional, étnico, clase o género. Sin embargo, la Convención de 1951 adoptó una definición muy restrictiva de refugiado, lo cual es un claro indicador de que el espíritu de esta norma —y por ende el interés de los Estados signatarios— sólo era proteger a cierta clase de refugiados: los europeos blancos que huían de regímenes comunistas tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y no a todas las personas perseguidas, lo cual sería acorde con su proclamado espíritu de universalidad y humanitarismo.

Como Chimni apunta, la definición legal de refugiado de la Convención de 1951, lejos de estar tocada por consideraciones humanitarias y de derechos humanos, fue producida de manera parcial para servir a los intereses políticos de los Estados.²³ Por ello, la categoría de “refugiado” es política y no normativa y gira en torno a la selección de los migrantes más deseables para los fines de los Estados y no en torno a sus obligaciones de protección internacional y en materia de derechos humanos.²⁴

En materia de protección y acceso a derechos esta situación no es nada trivial puesto que, como Zetter²⁵ señala, las etiquetas —en este caso la de “refugiado”— no sólo describen e identifican, sino que son poderosos vehículos que condicionan la identidad y conducta de las personas (concebidas como objetos de la política) a quienes se les adjudican. Así, categorías como “ciudadano”, “migrante irregular” o “refugiado” definen la identidad, las trayectorias y expectativas de vida, y los derechos que estas personas creen tener y, algunas veces, pueden reivindicar. Para los solicitantes de asi-

²³ Chimni, B. S., “The Birth of a «Discipline»: From Refugee to Forced Migration Studies”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 22, 2008, p. 16.

²⁴ Squire, Vicky, *The Exclusionary Politics of Asylum*, Londres, Palgrave Macmillan, 2008, p. 7.

²⁵ Zetter, Roger, “Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 1, 1991, pp. 39-62.

lo el ser etiquetados como “refugiados” puede significar la diferencia entre la vida y la muerte. Sin embargo, los Estados no toman esta decisión desde una óptica legal y de derechos humanos sino desde un enfoque biopolítico y de satisfacción de sus intereses políticos.

IV. GENEALOGÍA DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

En este apartado se estudiará el desarrollo del régimen internacional de los refugiados durante sus cuatro etapas, las cuales van de inicios del siglo XX, cuando el régimen fue creado, hasta la actualidad. Para ello, se usará el método genealógico propuesto por Michel Foucault,²⁶ el cual se puede definir como una forma de “hacer historia del presente” que da cuenta de las políticas involucradas y relaciones de poder que hacen que la historia de las cosas tenga un aspecto en particular. Esto es, a partir de un fenómeno contemporáneo se trata de rastrear cómo han influido los saberes y discursos, así como su entrelazamiento con modos de ejercicio del poder, en el desarrollo y situación actual de dicho fenómeno.

La idea es rastrear y comprobar que en la historia detrás de las cosas hay “otra cosa bien distinta”; descubrir los almacenes del poder y sus prácticas sociales. Este método de investigación cuestiona el desarrollo lineal que tradicionalmente se cuenta en la historia de las cosas, mostrando rutas alternativas. Por ello, no solo se pregunta por el origen de las ideas, los valores o las identidades sociales, sino que muestra cómo surgen a partir de relaciones de fuerza y estrategias de poder. En suma, intenta revelar la influencia que ha tenido el poder en la conformación de los discursos de verdad y en la configuración de formas de subjetividad.²⁷

En el caso en concreto, el método genealógico se usará para entender qué prácticas políticas y relaciones de poder han formado el presente del régimen internacional de los refugiados y qué entendimientos y discursos

²⁶ Foucault, Michel y Vázquez, José, *Nietzsche. La genealogía, la historia*, Valencia, Pre-Textos, 2008.

²⁷ Hansen, Lene, “Poststructuralism”, en Baylis, John, *et al.* (eds.), *The Globalization of World Politics: an Introduction to International Relations*, Nueva York, Oxford University Press, 2020, p. 181.

alternativos han sido marginados y olvidados. La genealogía intentará dar cuenta de cuáles han sido las racionalidades dominantes durante las cuatro fases de desarrollo del régimen, las preocupaciones y perspectivas que permitieron delinear, construir y definir al sujeto refugiado “genuino”, y las estructuras que sustentan la crisis contemporánea de los refugiados. Para ello, será necesario cuestionar la historia tradicionalmente contada: que el régimen de los refugiados tiene como base una visión humanitaria, de protección y de derechos humanos.

1. 1914-1945: los inicios del control

El régimen internacional de los refugiados tiene su origen en las caóticas condiciones que siguieron al estallido de la Primera Guerra Mundial. El gran número de personas que se vieron forzadas a huir como resultado de la Revolución rusa, el genocidio armenio, la desintegración de los imperios Otomano y Austrohúngaro y la reconfiguración de los Estados-nación tras la Primera Guerra Mundial exigieron una respuesta por parte de la comunidad internacional en la materia.

Con anterioridad al estallido de la guerra no existía un control efectivo de migrantes.²⁸ Sin embargo, con la guerra se avivaron los temores sobre el “enemigo en casa”, los cuales fueron el telón de fondo para la introducción de los primeros controles que se impusieron a los movimientos migratorios. Al finalizar la guerra, se redefinieron los territorios y las fronteras y se reconstruyó el concepto de nacionalidad; a la par, tuvo lugar la introducción sistemática de controles migratorios restrictivos en la mayoría de los Estados.²⁹ De estos años data la creación de los pasaportes³⁰ —cruciales para el control de la admisión de refugiados— y el uso del procedimiento

²⁸ Ortega Velázquez, Elisa, “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 637-686.

²⁹ Ngai, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, núm. 1, 2003, pp. 69-107.

³⁰ Torpey, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

de deportación, herramienta clave para deshacerse de los “migrantes indeseables” y “falsos refugiados”, categorías de extranjeros que se generalizaron desde este tiempo.³¹

Al terminar la guerra, y como resultado de la firma del Tratado de Versalles, en 1919 surgió el primer intento de organización formal de la comunidad internacional: la Sociedad de Naciones. El nuevo organismo internacional se enfrentó a problemas de enormes proporciones: Europa contaba con nuevos países surgidos de los antiguos imperios europeos desmembrados; había conflictos fronterizos entre minorías étnicas y nacionalistas, y en Rusia, con el derrocamiento de la monarquía zarista y el ascenso de los bolcheviques al poder en 1917, había un sangriento conflicto civil. Como resultado, entre 1914 y 1922, había entre 4 y 5 millones de personas desplazadas forzosamente de sus países de origen: los refugiados.³²

En 1921 el Comité Internacional de la Cruz Roja solicitó apoyo a la Sociedad de Naciones para que brindara asistencia a más de 1 millón de rusos desplazados durante la guerra civil en su país. La Sociedad de Naciones nombró al explorador polar noruego Fridtjof Nansen como “Alto Comisionado de la Sociedad de Naciones en relación con los problemas de los refugiados rusos en Europa”, quien negoció con los Estados de recepción de los refugiados rusos la definición de su estatuto, protección legal, empleo y/o repatriación voluntaria. A su vez, convocó a una conferencia internacional en la cual se acordó el establecimiento de documentos de viaje e identidad para los refugiados: los “pasaportes Nansen”.³³ En 1922, la Sociedad de Naciones extendió la responsabilidad a Nansen: también se ocuparía de la situación de los aproximadamente 2 millones de griegos que huyeron como resultado de la guerra greco-turca y, posteriormente, de los refugiados armenios, asirios, asirio-caldeos y turcos.³⁴

Skran sugiere que los “pasaportes Nansen”, además de ayudar a los refugiados a viajar, también tenían como fin “ayudar a los gobiernos a contar y

³¹ Noiriél, Gérard, *Refugiés et sans-papiers: la république face au droit d'asile, XIXE-XXE siècle*, París, Hachette Littérature, 1998, p. 226.

³² Hobsbawm, Eric J., *Historia del Siglo XX*, Buenos Aires, Crítica-Grijalbo Mondadori, 1998, p. 59.

³³ ACNUR, *La Situación de los refugiados en el mundo 2000. Cincuenta años de acción humanitaria*, Barcelona, Icaria Editorial, ACNUR, 2000, p. 18.

³⁴ ACNUR, *Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, San José-ACNUR, 1992.

monitorear a sus poblaciones de refugiados”.³⁵ Noiriel sostiene que la relativa facilidad con la que se instituyó este pasaporte en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial sólo fue posible porque los Estados europeos creían que facilitaría la repatriación masiva de los refugiados desplazados por la guerra y la Revolución rusa.³⁶ En suma, el sistema del pasaporte Nansen tenía como principal objetivo estabilizar, monitorear y controlar el movimiento de refugiados. Ciertamente también tuvo un efecto humanitario porque facilitó el movimiento de aquellos refugiados que sin él se habrían quedado sin poder viajar por carecer de un documento de identidad, el cual era imprescindible tener para poder cruzar fronteras internacionales, dada la gran cantidad de controles fronterizos que ya había en toda Europa para esos años.

Para 1930 Nansen había muerto y su encargo encontró continuidad, por un tiempo, en la Oficina Internacional Nansen. Sin embargo, la crisis económica mundial de 1929-1933 afectó fuertemente a Europa y permitió el ascenso de las fuerzas políticas fascistas. En Alemania el ascenso de Hitler al poder en 1933 y su idea de una raza aria superior provocó que para ese año se produjera un éxodo de judíos motivado por el recrudecimiento de las medidas represivas en su contra. Esto dio origen a que en ese año se nombrara al estadounidense James McDonald como “Alto Comisionado para los Refugiados procedentes de Alemania”. No obstante, su labor no fue fácil: la Sociedad de Naciones se encontraba en plena crisis de legitimidad tras la salida del organismo internacional de Alemania, Italia y Japón, y había una nula solidaridad de sus demás miembros para ayudar financieramente a estos refugiados.³⁷

Para 1935 la situación de los judíos en Alemania era cada vez más insostenible al verse privados de la ciudadanía y del derecho al voto. El éxodo aumentó, pero la Sociedad de Naciones no mostró disposición de adoptar medidas más enérgicas a favor de esos refugiados. Decepcionado, McDonald renunció a su cargo en diciembre de 1935 y en su carta de renuncia dejó en claro que el problema de los refugiados era de naturaleza política y

³⁵ Skran, C., “Historical Development of International Refugee Law”, en Zimmermann, A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011, p. 7.

³⁶ Noiriel, G., *Refugiés et sans-papiers...*, cit., p. 106.

³⁷ ACNUR, *La Situación de los refugiados en el mundo 2000. Cincuenta años de acción humanitaria*, Barcelona, Icaria Editorial, ACNUR, 2000, p. 18.

no meramente legal o humanitaria, por lo que debían realizarse esfuerzos para eliminar o mitigar las causas que *creaban* a los refugiados alemanes.³⁸ Se estima que en los dos años que duró su encargo ayudó a reasentar a unos 80,000 judíos, sobre todo en Palestina.³⁹

Los trabajos de Nansen y McDonald en el periodo entreguerras mundiales dieron pie a la adopción de una serie de acuerdos internacionales que constituyen los primeros esfuerzos para definir al sujeto refugiado: el Acuerdo sobre Refugiados Rusos, del 5 de julio de 1922; el Acuerdo sobre Refugiados Armenios, del 31 de mayo de 1924; el Acuerdo sobre otros Grupos de Refugiados (sirios y turcos), del 30 de junio de 1928; la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados de 1933; el Plan para Brindar Certificados de Identidad a los Refugiados del Saar, del 30 de julio de 1935; el Acuerdo sobre la Condición de Refugiados venidos de Alemania, del 4 de julio de 1936; la Convención de Refugiados venidos de Alemania, del 10 de febrero de 1938, y el Convenio para Brindar Documentos de Viajes a Refugiados venidos de Alemania, Austria y España, del 15 de octubre de 1946.⁴⁰

Estos avances normativos dan cuenta de que la principal preocupación de los Estados no era la de asistir a los refugiados sino la de controlarlos, ya que en estos años el régimen funcionó de manera temporal y con base en grupos y categorías específicas de refugiados, caracterizadas por su origen nacional y el territorio del que salieron, sin hacer generalizaciones aplicables a personas perseguidas de otros orígenes. En opinión de Holborn, que el estatuto de refugiado tuviera este carácter tan limitado y transitorio facilitaba el asentamiento de estas personas y su control, en aras de evitar las complicaciones políticas relacionadas con la ayuda a los refugiados, por ejemplo la actividad política subversiva en contra de los gobiernos responsables de su exilio. Estas dificultades también se eliminaban casi por completo si las oficinas locales de refugiados tenían la facultad de decidir qué personas calificaban dentro de la definición aceptada de “refugiado” y quiénes no.⁴¹ Así, queda claro que el enfoque de estos avances normativos,

³⁸ Jennings, R. Y., “Some international law aspects of the refugee question”, *British Yearbook of International Law*, vol. 20, 1939, p. 110.

³⁹ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 19 y 20.

⁴⁰ ACNUR, *Refugees without an Asylum Country No. 15 (XXX) – 1979*, ACNUR, 1979, p. 3.

⁴¹ Holborn, Louise W., “The Legal Status of Political Refugees, 1920-1938”, *American Journal of International Law*, vol. 32, núm. 4, 1938, p. 703.

en vez de la protección, era la gestión, el control y la despolitización de los refugiados a través de burocratizar el procedimiento para la obtención de la condición de refugiado.

2. 1945-1980: consolidación del control y la regulación de los refugiados

A. El fin de la Segunda Guerra Mundial y las políticas de la Guerra Fría

La Segunda Guerra Mundial interrumpió los esfuerzos emprendidos a favor de los grupos específicos de refugiados y ocasionó más desplazamientos humanos en proporciones nunca antes vistas. Se calcula que en mayo de 1945 había en Europa más de 40 millones de personas desplazadas, además de 11.3 millones de trabajadores forzosos y otros desplazados que las fuerzas aliadas encontraron en el territorio de la derrotada Alemania fascista. Antes del final de la guerra, en noviembre de 1943, se dio el primer paso hacia la creación de una organización mundial de ayuda a los refugiados: la Administración de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA), la cual apoyó la repatriación, entre mayo y septiembre de 1945, de aproximadamente 7 millones de personas.⁴² Curiosamente, la UNRRA estuvo auspiciada por las fuerzas aliadas que, más allá de considerar el bienestar de los refugiados, estaban preocupadas por el desorden que podría causar la autorrepatriación descontrolada de las personas desplazadas por la guerra.⁴³

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial el mundo quedó dividido en dos bloques, el capitalista y el socialista, la cual propició el inicio de la era de la Guerra Fría, cuyas políticas guiaron el manejo del régimen internacional de los refugiados a través de la concesión del asilo a los disidentes de un bloque u otro con el fin de presionar política y económicamente al bloque contrario. Además, en estos años el régimen también estuvo gestionado a modo de satisfacer las necesidades y los intereses prácticos de los Estados, como el atraer refugiados calificados que fueran profesionistas, incluidos médicos y científicos en los procesos de reconstrucción tras la guerra.⁴⁴

⁴² ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 15-17.

⁴³ Malkki, Liisa H., "Refugees and exile: from "Refugee Studies" to the national order of things", *Annual Review of Anthropology*, vol. 24, 1995, p. 499.

⁴⁴ Chimni, B. S., "The Birth of a «Discipline»: From Refugee to Forced Migration Studies", *Journal of Refugee Studies*, vol. 22, 2008, pp. 11-29.

La UNRRA funcionó hasta 1947 porque Estados Unidos, que financiaba el 70% de sus actividades, no estaba de acuerdo en la repatriación de refugiados a los nuevos países socialistas, por lo que retiró su apoyo económico y ejerció fuertes presiones para que se creara una nueva organización de ayuda a los refugiados pero con una orientación diferente.⁴⁵ Ya bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1947 se creó la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), un organismo temporal y de mandato limitado (originalmente hasta 1950) que tuvo como fin registrar, clasificar y dar protección legal y política a aquellos refugiados que se sentían incapaces de regresar a sus países de origen, así como ayudarlos en su reasentamiento y reinserción en terceros países.⁴⁶

En realidad, la creación de la OIR fue la respuesta de Occidente a los intentos soviéticos de que sus ciudadanos fueran devueltos a la fuerza, muchos de los cuales habían sido desplazados y hechos prisioneros por los alemanes durante la guerra. De hecho, el mandato de la OIR iba claramente encaminado a reasentar a los refugiados en terceros países con el fin de que no regresaran a los países socialistas. Por ello, la OIR sólo ayudó a la repatriación de 73,000 refugiados, una cifra muy menor comparada con el más de 1 millón de refugiados que ayudó a reasentar en Estados Unidos (que recibió cerca de la tercera parte de ellos), Australia, Israel, Canadá y varios países de América Latina.⁴⁷ Los países occidentales receptores argumentaron que el reasentamiento de los refugiados ayudaba a “descongestionar” una Europa devastada por la guerra. Sin embargo, el verdadero interés radicaba en poner presión al bloque socialista y usar la mano de obra de los refugiados en las economías de los países de reasentamiento en un tiempo de plena reconstrucción tras el fin de la guerra.⁴⁸

En este periodo aparecieron dos elementos que son clave en el derecho internacional de los refugiados contemporáneo:

- 1) La *determinación individual* del estatuto de refugiado, esto es, la calificación de la persona que solicita asilo como digna de merecer protec-

⁴⁵ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 15-17.

⁴⁶ ACNUR, *Refugees without an Asylum Country...*, cit., p. 10.

⁴⁷ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 20 y 21.

⁴⁸ Machado Cajide, Landy, “Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los refugiados”, *Anuario Digital CEMI* 1, núm. 1, 2013, p. 94.

ción internacional por parte de las autoridades. Esto en virtud de que el Preámbulo de la Constitución de la OIR hace repetidas referencias a los refugiados “auténticos” y su anexo 1 crea categorías de aquéllos considerados como “indignos” de protección y asistencia internacional, entre ellos los migrantes económicos.⁴⁹

- 2) El *elemento objetivo o temor fundado* como criterio de elegibilidad, ya que en los procedimientos de la OIR y su predecesora, la UNRRA, se requirió a los solicitantes de asilo que probaran su persecución para respaldar su solicitud de la condición de refugiado; esto es, se les impuso la carga de probar su derecho al asilo.⁵⁰ Esto implicó echar a andar técnicas para probar la veracidad de la solicitud de asilo y terminar de calificar y juzgar al refugiado “genuino”.⁵¹

Al finalizar la guerra las potencias vencedoras convirtieron muchos de los antiguos campos de concentración nazis en “centros de reunión” para refugiados en aras de organizar a estas poblaciones. Malkki sostiene que en estos “centros” se inició por primera vez el seguimiento burocrático y la documentación de los refugiados sobre los que tomó forma la figura del sujeto refugiado contemporáneo.⁵² Además, como afirma Behrman, para el control y socavamiento de la figura del refugiado fue crucial el uso que se hizo del marco general de los refugiados —proporcionado por el derecho internacional— junto con el marco específico del procedimiento para determinar la condición de refugiado —proporcionado por las leyes nacionales de los Estados—. De este modo, los Estados pudieron aplicar un conjunto de normas internacionales, con toda la autoridad que conlleva, a través de un procedimiento de selección sobre el cual ellos tenían el control absoluto.⁵³

Para 1950, año en que la OIR debía cesar en sus funciones, aún quedaban 1 millón de refugiados en Europa sin solución y había posturas encontradas en relación con la labor que la OIR desarrollaba. Los Estados miembros de la ONU coincidían en que era necesario dar continuidad a la cooperación

⁴⁹ Hathaway, James C., “A Reconsideration...”, *cit.*, p. 376.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 139.

⁵¹ Noiriél, G., *Réfugiés et sans-papiers...*, *cit.*, p. 152.

⁵² Malkki, “Refugees and exile...”, *cit.*, p. 500.

⁵³ Hathaway, J., “A Reconsideration of the Underlying Premise ...”, *cit.*, p. 144.

internacional para los refugiados, pero existían contradicciones respecto a los métodos y objetivos de esa cooperación. Estados Unidos, que aportaba más del 66% de los fondos, reprochaba el alto costo de su funcionamiento. Los países socialistas, por su parte, consideraban que la OIR había sido utilizada por Occidente como un instrumento político para impedir el retorno de sus nacionales.⁵⁴

B. *Institucionalización del control de los refugiados a través de la Convención de 1951*

En 1950 se creó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), pero los países socialistas no vieron con buenos ojos su creación al sentirse políticamente agredidos por la tendencia de propiciar el reasentamiento de sus ciudadanos como refugiados en países occidentales, en lugar de promover su repatriación. Estados Unidos quería una institución que le costara menos dinero y que no participara en operaciones de asistencia de emergencia, sino que se limitara a concluir el reasentamiento de los refugiados a los que la OIR aún no había ofrecido una solución. Y los países de Europa occidental, los más afectados por el problema de los refugiados, abogaban por una organización fuerte, permanente, independiente, con propósitos múltiples y potestad para recaudar fondos y asistir a los refugiados.⁵⁵

Bajo este contexto, en 1951 se adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; sin embargo, desde sus trabajos preparatorios, afloraron diversas contradicciones por los intereses variados de los Estados partes. Del lado de los países occidentales, las negociaciones estuvieron encaminadas a limitar sus obligaciones legales hacia los refugiados.⁵⁶ Los Estados europeos abogaban por diseñar un régimen legal que creara condiciones seguras para repartir la carga de refugiados.⁵⁷ A Estados Unidos le preocupaba que

⁵⁴ Machado Cajide, L., “Aproximaciones sobre el surgimiento...”, *cit.*

⁵⁵ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, *cit.*, pp. 21 y 22.

⁵⁶ Loescher, Gil, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford, OUP, 1996, p. 57.

⁵⁷ Schmahl, S., “Article 1b 1951 Convention”, en Zimmermann, A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011, p. 469.

se adoptara una definición universal de refugiado ya que implicaría firmar un “cheque en blanco”, por lo que promovió una definición restringida.⁵⁸ Paquistán, de otro lado, expresó su oposición a una definición de refugiado que excluyera de la protección a los no europeos, especialmente a los 14.5 millones de desplazados tras la partición de India y Pakistán en 1947, el mayor movimiento forzado de personas de la historia. Además, una definición tan restrictiva que se centrara solo en los europeos dejaría fuera dos movimientos forzados de personas de suma importancia: los 800,000 palestinos obligados a dejar sus hogares por los zionistas en 1948 y los refugiados creados por el estallido de la guerra en la península de Corea en 1950.⁵⁹

En relación con el “derecho de asilo”, aun cuando había un “poderoso” fundamento legal en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que señala que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, la opinión prevaleciente fue la de no reconocer un derecho de asilo en la Convención de 1951, de modo que cada Estado pudiera preservar su potestad soberana de autorizar o no la entrada en su territorio a las personas que estimara pertinentes. Lo que se hizo fue reconocer el principio de no devolución, es decir, la obligación de los Estados de no expulsar ni devolver a un refugiado a otro Estado donde pueda sufrir persecución.⁶⁰

De este modo, es claro que lo que motivó la adopción de la Convención de 1951 no fue la preocupación internacional humanitaria de hacerse cargo de los refugiados, sino más bien una racionalidad de control de los refugiados en aras de que los Estados no se vieran inundados con masas de solicitantes de asilo no deseados. Por ello, aunque la Convención de 1951 aborda como tema central “la protección a los refugiados”, no reconoce el derecho de asilo en ninguno de sus apartados. Solo hace una débil mención a este derecho en su preámbulo, pero relacionada con lo oneroso que puede resultar para los Estados el concederlo: “Considerando que *la concesión del derecho de asilo* puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional...”.

⁵⁸ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., p. 28.

⁵⁹ Einarsen, T., “Drafting History of the 1951 Convention ...”, cit., p. 57.

⁶⁰ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 29 y 30.

A partir de que la Convención de 1951 entró en vigor, los Estados comenzaron a utilizarla en el plano doméstico como un medio para restringir la entrada de solicitantes de asilo; a la par, empezaron a introducir sistemáticamente procedimientos de selección, vigilancia y detención. Por ejemplo, en Alemania Occidental se estableció un “procedimiento de reconocimiento” para evaluar la “calidad de refugiado” de los solicitantes en función de la definición del artículo 1A de la Convención. Y en Italia quiénes ingresaban ilegalmente al país eran retenidos en “centros de acopio” donde se evaluaba su “calidad de refugiados” antes de ser liberados.⁶¹

C. *La exclusión de los refugiados del Sur Global a través del Protocolo de 1967*

Después de 1951, el problema de los refugiados no sólo no cesó, sino que se reprodujo y diversificó. La concentración de los movimientos de refugiados se desplazó de Europa hacia África. Los conflictos de los años 50s y 60s en ese continente y el proceso de descolonización que ocasionó sangrientas guerras civiles, particularmente en la región de los Grandes Lagos, produjeron miles de personas desplazadas forzosamente que no calificaban para ser refugiadas en los términos de la Convención de 1951. De este modo, la norma internacional base en la materia se vio amenazada con volverse obsoleta por las limitaciones temporal y geográfica con las que nació y surgió la necesidad de actualizarla a través de un nuevo instrumento legal: el Protocolo de 1967.

La historia, como se cuenta a menudo, es que el Protocolo 1967 representa el cumplimiento de las aspiraciones universales de la Convención de 1951 al eliminar las limitaciones temporal y geográfica de la norma, pero esto es solo parcialmente cierto porque también existieron otros factores que influyeron en su adopción. Especialmente que en esos años los nuevos Estados independientes africanos estaban redactando su propio tratado internacional en la materia, el cual más tarde se convertiría en la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre los Refugiados de 1969. Esto no fue visto con buenos ojos por muchos Estados partes

⁶¹ Weis, Paul, “The International Protection of Refugees”, *American Journal of International Law*, vol. 48, núm. 2, 1954, p. 216.

de la ONU ni por el ACNUR ya que amenazaba la hegemonía de la Convención de 1951. En consecuencia, y en aras de preservar su primacía, se adoptó el Protocolo de 1967 para extender la protección de la Convención a los nuevos grupos de refugiados.⁶² Sin embargo, como Shah sostiene: “La principal intención detrás de la adopción del Protocolo era facilitar el mantenimiento de la influencia poscolonial en África a través de la agencia del ACNUR”.⁶³

De este modo, la racionalidad que guió la adopción del Protocolo de 1967 fue la de afianzar el alcance y la supremacía de la Convención de 1951 y no un enfoque humanitario universal hacia el refugiado; en otras palabras, primó la ley de los refugiados sobre las personas refugiadas. Por ello, el nuevo instrumento legal no alteró la restrictiva definición de refugiado establecida en el artículo 1o. de la Convención de 1951 cuando justamente representaba la oportunidad idónea para hacerlo y ampliar la protección. Más bien la reafirmó y fortaleció porque con el Protocolo esta definición de refugiado asumió un carácter universal e indefinido. Así, el nuevo instrumento legal sirvió para dejar fuera de la protección internacional a la abrumadora mayoría de migrantes forzados contemporáneos del Sur Global, quienes huían de condiciones de guerra civil, desastres naturales y dificultades económicas, razones no válidas para obtener la condición de refugiado, según la Convención de 1951 y su Protocolo.⁶⁴

En los años siguientes, conflictos desde distintas latitudes generaron millones de refugiados alrededor del mundo: en 1971, la independencia de Bangladesh provocó la huida de aproximadamente 10 millones de refugiados bangladeshíes a la India: el mayor desplazamiento de refugiados de la segunda mitad del siglo XX.⁶⁵ Le seguirían los refugiados tibetanos en la India; los rohingyas de Birmania que huyeron a Bangladesh; los asiáticos expulsados de Uganda por el presidente Idi Amin en 1972; y los refugiados de Camboya, Laos y Vietnam tras las convulsiones políticas que afectaron

⁶² Holborn, L., “The Legal Status of Political Refugees...”, *cit.*, p. 185.

⁶³ Shah, Prakash, *Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain*, Londres, Cavendish, 2000, p. 103.

⁶⁴ Hathaway, J., “A Reconsideration of the Underlying Premise...”, *cit.*, p. 162.

⁶⁵ Banerjee, P., “Forced Migration in South Asia”, en Fiddian-Qasmiyeh, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 613.

taron a esos países desde 1975.⁶⁶ El éxodo de Indochina se prolongó más de veinte años, durante los cuales más de 3 millones de personas huyeron de sus países.⁶⁷

A la par, desde la década de los setenta se formó una distancia cada vez mayor entre los países desarrollados de Europa occidental, Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia y las naciones del Sur Global (africanas, latinoamericanas, varias asiáticas e incluso algunas europeas) en los aspectos industrial, tecnológico y educativo, así como en los niveles de bienestar económico. Esto tuvo como consecuencia un mayor volumen de migración internacional, lo cual llevó a que las potencias desarrolladas adoptaran una actitud defensiva y endurecieran sus políticas migratorias, lo cual impactaría de un modo determinante el tratamiento de los refugiados en los años venideros.

3. 1982-2001: los refugiados como peones en los juegos geopolíticos de los Estados dominantes

La tercera fase se caracterizó por el aumento de las tensiones de la Guerra Fría y las luchas de poder en el tercer mundo. Proliferaron los golpes de Estado en estos países y las intervenciones de las democracias occidentales en sus guerras civiles, provocando su intensificación y la producción de grandes flujos de refugiados.⁶⁸ Los Estados dominantes tenían, como hasta ahora, evidentes intereses estratégicos para conceder el asilo y utilizaron a los refugiados como peones en los juegos geopolíticos destinados a desestabilizar a ciertos regímenes y a fomentar la rebelión en sus países de origen. Éste fue el caso de los muyahidín afganos en Pakistán, el Jemer Rojo camboyano en Tailandia, los movimientos de oposición de Eritrea y Etiopía con bases en Sudán y los rebeldes en Centroamérica.⁶⁹

Así, los años ochenta se caracterizaron por los sucesivos movimientos forzados de población en los que comenzaron a mezclarse factores de or-

⁶⁶ Mcconachie, K., "Forced Migration in South-East Asia and East Asia", en Fiddian-Qasmieh, E. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 627.

⁶⁷ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., pp. 67-89.

⁶⁸ Chimni, B. S., "The Birth of a «Discipline»...", cit., p. 13.

⁶⁹ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., p. 7.

den económico y político. Por ejemplo, en el Cuerno de África, una serie de guerras, exacerbadas por el hambre, provocaron que millones de personas huyeran de sus hogares, como los etíopes que huyeron a países vecinos como Sudán, Somalia y Yibuti en una de las migraciones forzadas más representativas de la década de los ochenta.⁷⁰ En Afganistán —una región de importancia estratégica— la invasión soviética causó la expulsión de 6 millones de afganos hacia Pakistán e Irán.⁷¹ En Centroamérica, tres guerras distintas —en Guatemala, El Salvador y Nicaragua— desembocaron en el desplazamiento de más de 2 millones de personas.⁷² Y en América del Sur, el derrocamiento en Chile en 1973 del gobierno de Salvador Allende y la instauración de una junta militar en Argentina en 1974 produjeron cerca de 1 millón de refugiados.⁷³

Finalmente, tras la caída de la cortina de hierro en 1989, miles de europeos procedentes de los países socialistas —en los que estaban ocurriendo una serie de cambios sociopolíticos— empezaron a llegar a los países desarrollados de Europa occidental, Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia, lo cual influyó en el establecimiento de nuevas restricciones para acceder al asilo en estos países. En Europa, por ejemplo, se instrumentó una política de desviación de los refugiados hacia terceros países y se aplicó más rigurosamente la Convención de 1951, a fin de excluir a las personas que no cumplieran cabalmente con la definición de refugiado. En Estados Unidos se instauró una política de asilo selectiva y desigual que otorgó protección a las personas procedentes de países comunistas (como los cubanos), pero se la negó a las procedentes de El Salvador,⁷⁴ Guatemala y Haití, aduciendo que se trataba de migrantes económicos y no de refugiados.⁷⁵

⁷⁰ Kibreab, G., “Forced Migration in the Great Lakes and the Horn of Africa”, en Fiddian-Qasmiyeh, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 573 y ss.

⁷¹ Monsutti, A. y Balci, B., “Forced Migration in Broader Central Asia”, en Fiddian-Qasmiyeh, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 599.

⁷² ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000...*, cit., p. 117.

⁷³ Zolberg, Aristide R. *et al.*, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

⁷⁴ Coutin, Susan Bibler, *Exiled Home: Salvadoran Transnational youth in the Aftermath of Violence. Global Insecurities*, Durham, Londres, Duke University Press, 2016.

⁷⁵ Ramji-Nogales, Jaya *et al.*, *Refugee Roulette Disparities in Asylum Adjudication and Proposals for Reform*, Nueva York, NYU Press, 2009.

4. 2001 a la actualidad: institucionalización de la gestión racista del asilo

La cuarta fase del régimen internacional de los refugiados está marcada por la amenaza mundial del terrorismo, la violencia criminal y de género, el exacerbamiento del cambio climático, el extractivismo y la pandemia por C-19. Los desplazamientos forzados (internos e internacionales) han continuado en aumento, a la par de los deseos de los países ricos de proteger sus fronteras de migrantes no deseados, generalmente pobres y no blancos, considerados económica, racial y culturalmente inferiores. Además, ha ido en aumento la desconfianza y deslegitimación de las motivaciones de los solicitantes de asilo del tercer mundo, a quienes se les considera como migrantes económicos y una amenaza para la seguridad de los Estados. Esto ha tenido como resultado la implementación de estrictos controles, tanto en las fronteras físicas como en los procedimientos migratorios y de asilo.

La situación posterior al 11 de septiembre de 2001 ha dado lugar a una mayor colaboración entre las autoridades encargadas del asilo y la inmigración y los servicios de inteligencia y la policía; en suma, a un escenario de securitización⁷⁶ de las migraciones.⁷⁷ La guerra global contra el terrorismo se ha utilizado como pretexto para incrementar el ámbito de las exclusiones de la Convención de 1951, lo cual ha permitido que se amplíen los motivos para la detención y que se deniegue a los solicitantes no sólo el asilo sino el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y que se facilite su expulsión sumaria. El elemento central que los Estados juzgan en las solicitudes de asilo es que los futuros refugiados no sean un riesgo potencial para su seguridad. Ello en virtud de que, en su opinión, “el asilo es una excepción [a su soberanía nacional] que permite pasar a demasiada gente”.⁷⁸ Lo anterior ha tenido como resultado que se insti-

⁷⁶ La “securitización” es un término desarrollado por la *Copenhagen School of Critical Security Studies* para nombrar al proceso mediante el cual un fenómeno político y social es comprendido a través de una “óptica securitaria” que justifica la adopción de medidas especiales que exceden el marco jurídico y los procedimientos ordinarios de decisión política. Wæver, O., “Securitization and Desecuritization”, en Lipschutz, R. D., (ed.), *On Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1995.

⁷⁷ Campesi, G., “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, vol. 3, 2012.

⁷⁸ *La situación de los refugiados en el mundo. Desplazamientos humanos en el nuevo milenio*, Barcelona, ACNUR-Icaria Editorial, 2006.

tucionalice una gestión racista del régimen internacional de los refugiados; esto es, que se utilicen las burocracias para hacer cumplir políticas racistas cuyo fin es seleccionar a los refugiados deseables de los indeseables.⁷⁹

Esta forma de racismo no se basa simplemente en una noción de superioridad biológica, sino en el hecho de que la diferencia cultural conduce al colapso social y pone en peligro a la nación.⁸⁰ La diferencia cultural y el miedo al “otro” son la base de este nuevo racismo puesto que se cree que ese miedo a las diferencias culturales ha contribuido a la continuidad de la cultura y la nación.⁸¹ Al respecto, Barker afirma:

...si no fuera por los sentimientos de pertenencia, de compartir tradiciones, costumbres, creencias, idiomas —en una palabra, cultura— no habría sociedad. No podríamos vivir juntos y cooperar. Por tanto, la existencia de temores sobre el daño a la unidad de la nación es una prueba de que la unidad está amenazada. Los miedos se validan por sí mismos. Para los sentimientos, las costumbres componen lo más valioso de la nación. La nación es su “modo de vida”.⁸²

Como Ibrahim anota, los Estados desarrollan tradiciones que, junto con los sistemas de justicia y los derechos, brindan seguridad a su población y garantizan la seguridad y estabilidad de la nación. Por ello, se considera que los migrantes y refugiados, al traer consigo diferentes culturas, pueden romper las tradiciones existentes y desequilibrar la nación; o, en última instancia, llevar a su desaparición. En suma, bajo esta óptica, las diferencias culturales amenazan la forma de vida existente. Por tanto, se considera racional preservar la propia cultura mediante la exclusión de grupos culturales distintos, como los migrantes y refugiados. Esta creencia negativa, que descansa sobre la base de una membresía social, no solo es discriminatoria y prejuiciosa, sino una expresión clara de racismo.⁸³

⁷⁹ Estévez, Ariadna, “Refugees and Forced Migration”, en Baylis, John *et al.* (eds.), *The Globalization of World Politics: an Introduction to International Relations*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2020, p. 407.

⁸⁰ Barker, M., *The New Racism: Conservatives and the Ideology of the Tribe*, London, Junction Books, 1981, p. 24.

⁸¹ Ibrahim, Maggie, “The Securitization of Migration: a Racial Discourse”, *International Migration*, vol. 43, núm. 5, 2005, p. 165.

⁸² Barker, M., *The New Racism...*, *cit.*, p. 17.

⁸³ Ibrahim, M., “The Securitization of Migration...”, *cit.*, p. 166.

Así pues, en la etapa actual, el régimen internacional de los refugiados ha pasado de tener una racionalidad de control a una de selección de los refugiados más deseables bajo lógicas racistas.⁸⁴ Para ello, los Estados liberales han puesto en marcha distintas políticas con el fin de que lleguen a sus territorios sólo los refugiados deseables o, dicho de otro modo, de que lleguen el menor número posible de refugiados indeseables: los del tercer mundo.

A. Los acuerdos de “tercer país seguro” y “primer país de llegada”: políticas que desvían a los refugiados indeseados al tercer mundo

Los Estados a donde llegan los solicitantes de asilo son los que tienen la principal responsabilidad de evaluar su solicitud y, en su caso, otorgarles dicha protección. Sin embargo, la práctica de los países del Norte Global ha ido en el sentido de reducir el número de solicitantes de asilo en sus territorios a través de políticas como las del “primer país de llegada” y “tercer país seguro” que trasladan a sus solicitantes de asilo a otros países, y con ello sus responsabilidades de protección internacional. En la práctica, esto ocasiona que en la actualidad haya dos regímenes de asilo funcionando simultáneamente: uno en el tercer mundo y otro en el norte global.⁸⁵

Bajo la figura del “primer país de llegada”, los solicitantes de asilo pueden ser devueltos a Estados donde hayan encontrado protección internacional o puedan encontrarla, o donde tengan un contacto o vínculos estrechos. En el caso del “tercer país seguro”, los solicitantes de asilo pueden ser devueltos a los Estados por los cuales hayan transitado en ruta hacia los países donde pedirán asilo, o incluso a Estados que no sean de tránsito, pero a través de un acuerdo bilateral o multilateral que hace responsable a dichos Estados de otorgar la protección internacional.⁸⁶

Estas prácticas han sido posibles a través de la instrumentalización de la Convención de 1951 ya que ésta no las contempla ni obliga, en ningún

⁸⁴ Zetter, Roger, “Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 1, 1991.

⁸⁵ Ortega Velázquez, Elisa, “Asilo: ¿Derecho humano o prerrogativa del Estado?”, *Revista Temas de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2019, p. 77.

⁸⁶ ACNUR, *Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros*, ACNUR, 2018, párr. 3 y 4.

lado, a que las personas reciban asilo en los Estados con los que puedan tener algún lazo o por los que hayan transitado. De hecho, el origen de estas figuras se remonta a fines de los años ochenta en Europa: la figura del “tercer país seguro” primero estuvo contemplada en la legislación de Dinamarca, en la llamada “Cláusula Danesa” de 1986, y posteriormente en el resto de países europeos, los cuales la incluyeron por el temor de que fueran vistos como de “más fácil” acceso al asilo.⁸⁷ Su uso estuvo justificado en agilizar y hacer más eficiente el procedimiento de acceso al asilo, aunque el hecho de que en esos años se colapsaran las economías comunistas del este y que los países de Europa del norte quisieran evadir sus responsabilidades internacionales parece ser una teoría más realista sobre su surgimiento.

El ACNUR, por su parte, avaló el uso de estos mecanismos a nivel global en 1989, coincidentemente cuando las migraciones empezaron a tomar un giro securitario, bajo el argumento de que lo que no está prohibido está permitido.⁸⁸ Señaló que los refugiados no tienen un derecho irrestricto de elegir el país de asilo, aunque “sus intenciones deberían tomarse en consideración”.⁸⁹ La retórica que justifica estas figuras es que reducen los movimientos migratorios irregulares ulteriores, se evita la creación de situaciones de refugiados en “órbita”, además de que se fomenta la cooperación internacional y la responsabilidad compartida.⁹⁰

Eso sí, antes de que los solicitantes de asilo sean trasladados a otro país mediante un acuerdo de tercer país seguro, se debe evaluar *individualmente* —especialmente en el caso de niñas y niños no acompañados o separados— que el tercer país podrá cumplir con los siguientes requisitos: tener capacidad para (re)admitir a la persona; darle acceso a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado y otras necesidades de protección internacional; permitirle permanecer legalmente en su territorio mientras se realiza la determinación, y otorgarle los estándares de tratamiento de la Convención de 1951 y las normas

⁸⁷ Noll, Gregor, *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection and the common market of deflection*, The Hague, London, Martinus Nijhoff, 2000.

⁸⁸ ACNUR, *Problem of refugees and asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection*, núm. 58 (XI) – 1989, ACNUR, 1989.

⁸⁹ ACNUR, *Refugees without an Asylum Country No. 15 (XXX)–1979*, ACNUR, 1979.

⁹⁰ ACNUR, *Consideraciones legales...*, cit., p. 3.

internacionales de derechos humanos, incluyendo la protección contra la devolución y el acceso a buscar un empleo remunerado.⁹¹

Sin embargo, la figura del “tercer país seguro” es cuestionable desde el punto de vista legal ya que puede violar —en caso de que no se cumplan al pie de la letra los requisitos de “tercer país seguro” que señala el ACNUR— el principio fundante del derecho internacional de los refugiados: la protección contra la devolución de una persona a un territorio en el cual sufra riesgo de persecución (artículo 33 de la Convención de 1951). Este principio es la piedra angular de la protección internacional porque permite garantizar y proteger los derechos fundamentales e inderogables a la vida, libertad, seguridad e integridad de las personas perseguidas. Por ello, el traslado de un solicitante de asilo a un tercer Estado donde corra peligro su vida, seguridad o libertad o donde pueda ser enviado a otro donde corra dichos riesgos (devolución indirecta) es una violación del principio de no devolución.

En este sentido, en 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló en su Opinión Consultiva 25/18 que, de la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, reconocida como norma de *ius cogens* y establecida en el artículo 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se desprende una base sólida de protección contra la devolución, deportación, expulsión, extradición o remoción de una persona a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto porque el principio de no devolución busca asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna. Por ello, al ser una obligación derivada de la prohibición de la tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*.⁹²

En suma, el uso de la figura del “tercer país seguro”, en casos donde no se cumplan estrictamente los requisitos señalados para tal efecto por el

⁹¹ *Ibidem*, párrafos 2-5.

⁹² CoIDH, *Opinión Consultiva Oc-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5o., 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, CoIDH, 2018, párrafo 179, 81, 90.

ACNUR, es contradictorio con la base del derecho de asilo, el principio de no devolución, ya que rompe con la señalada narrativa de protección de esta institución: evitar que las personas sean perseguidas y que su vida, seguridad o libertad corran peligro.

Además de que los acuerdos de primer país de llegada y tercer país seguro carecen de una base legal al no estar previstos en la Convención de 1951, la práctica demuestra que cuando son aplicados el derecho de asilo queda vacío al quitarle su principal garantía: el principio de no devolución.⁹³ De hecho, a través de estos acuerdos, los países ricos disminuyen el número de solicitantes de asilo en sus territorios, evaden sus obligaciones de protección internacional y las trasladan a otros países (generalmente pobres). Por ejemplo, en el ámbito europeo, los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han acordado tener una política común de asilo y refugiados, pero a costa de una gestión racista del asilo donde los derechos de las personas necesitadas de protección internacional carecen de relevancia a través de dos mecanismos: el Sistema Dublín⁹⁴ y el Acuerdo Unión Europea-Turquía de 2016.⁹⁵

B. La Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes de 2016 y el Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018: políticas para una gestión racista del asilo

La Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes de 2016 se adoptó con el fin de abordar las insuficiencias de los instrumentos base del régimen internacional de los refugiados en el contexto contemporáneo. Este proceso se había iniciado desde 2001 con las Consultas Globales sobre Protección Internacional del ACNUR, las cuales concluyeron que la Convención de 1951 sigue siendo la piedra angular del sistema de protección internacional y que los países deben definir al sujeto “refugiado” de un

⁹³ Ortega Velázquez, Elisa, ¿México como tercer país (in)seguro? *El asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 29.

⁹⁴ Gil-Bazo, María-Teresa, “The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection Assessing State Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 1, 2015, pp. 42-77.

⁹⁵ Lucas, Javier de, “Refugiados como «moneda de cambio». Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 12, 2016, pp. 17-32.

modo más amplio a como lo define la Convención de 1951, así como usar mecanismos adicionales (protección complementaria) para proteger a los refugiados que no encuadran en la definición de la Convención.⁹⁶

Sin embargo, la Declaración no prosiguió con la labor de las Consultas Globales de 2001. En realidad, fue emitida con la misma retórica que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, del 25 de septiembre 2015, la cual, a la par de “reconocer las contribuciones positivas de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible”, enfatiza los *problemas complejos* que plantean “el desplazamiento forzoso y la migración irregular de personas en grandes movimientos”.⁹⁷

En esta tónica, la Declaración de Nueva York llama al diseño de una política que prevenga que los refugiados huyan o busquen asilo en los países ricos, lo cual puede verse en afirmaciones como:

18. Invitamos a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a colaborar con los Estados y celebrar consultas con todos los interesados pertinentes. El objetivo sería aliviar las presiones sobre los países de acogida afectados, mejorar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países y apoyar las condiciones existentes en los países de origen para el regreso en condiciones de seguridad y dignidad.

Aún más, la Declaración invita al sector privado y la sociedad civil, incluidas las organizaciones de refugiados y migrantes, a participar en alianzas para apoyar estos fines.⁹⁸ Con esto, el enfoque del régimen internacional de los refugiados pasó de ser una responsabilidad estatal en materia de derechos humanos y asistencia humanitaria a una cooperación de actores no estatales, lo cual contribuye a diluir más las obligaciones estatales en la materia.⁹⁹ En suma, la declaración fue un llamado a los gobiernos, la sociedad civil y la iniciativa privada para trabajar juntos en un intento por evitar que más solicitantes de asilo lleguen a los países ricos.¹⁰⁰

⁹⁶ ACNUR, *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales del ACNUR sobre protección internacional*, Barcelona, ACNUR, Icaria Editorial, 2010.

⁹⁷ ONU, *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, Nueva York, ONU, 2015.

⁹⁸ ONU, *Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes*, 2016, Nueva York, ONU, 2016.

⁹⁹ Estévez, A., “Refugees and Forced Migration...”, *cit.*, p. 416.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 417.

Esta perspectiva finalmente se cristalizó en los Pactos Globales sobre Migración y Refugiados de 2018. Específicamente, en el Pacto de Refugiados se reafirmaron los objetivos de la Declaración de Nueva York de “aliviar las presiones sobre los países de acogida” a través del involucramiento de los países del tercer mundo en la recepción de solicitantes de asilo.¹⁰¹ A cambio, los países ricos y el sector privado se comprometieron a invertir en servicios e infraestructura en estos países.¹⁰² Además, el Pacto es claro en señalar que el acceso a los países desarrollados solo se podrá hacer a través de medios “legales” limitados como reunificación familiar, becas de estudiante o visas humanitarias.¹⁰³ De este modo, los Pactos Globales sobre Migración y Refugiados de 2018 son un esfuerzo más para transferir las obligaciones internacionales de protección de los países ricos a los países del tercer mundo, en aras de que los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo no lleguen a los países ricos, a la par de asegurar ganancias para los negocios internacionales.¹⁰⁴

V. RACIONALIDAD BIOPOLÍTICA DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE ASILO: SELECCIÓN, CONTROL Y EXCLUSIÓN, NO PROTECCIÓN

Los movimientos forzados de personas a gran escala desafían los proyectos de los Estados de asegurar la manejabilidad y productividad de las poblaciones. Por ello, desde sus inicios, el régimen internacional de los refugiados ha estado influenciado por dos elementos del paradigma biopolítico: 1) la gestión efectiva de la población en aras de promover los intereses, la riqueza y fuerza de los Estados dominantes, lo cual se puede ver desde la primera fase de desarrollo del régimen, y 2) el control de la población a través de discursos y tecnologías de poder (biopolíticas), lo cual también se aprecia en las distintas etapas del régimen con la securitización de las migraciones y la retórica humanitarista, asistencial y de derechos humanos que gira en torno al asilo.

A través de los años, el régimen internacional de los refugiados se ha gestado como una parte de la política migratoria que surgió a partir de la

¹⁰¹ ONU, *Pacto Mundial Sobre los Refugiados*, párrafo 7.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo 32.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafo 95.

¹⁰⁴ Estévez, A., “Refugees and Forced Migration...”, *cit.*, p. 415.

preocupación generalizada de los Estados de controlar sus fronteras y, en este sentido, de reafirmar su derecho de decidir quién puede entrar en sus territorios y quién no. Como Hathaway apunta, sus orígenes se pueden encontrar en la necesidad estatal de “gobernar las interrupciones de la migración internacional regulada de acuerdo con los intereses de los Estados”.¹⁰⁵

De este modo, el control de la migración y el asilo están indisolublemente unidos y las preocupaciones y los paradigmas utilizados para los refugiados son esencialmente los mismos que para el control general de la migración y van de la mano con el surgimiento y consolidación del Estado-nación moderno. Por ello, se puede afirmar que el régimen de los refugiados forma parte del dispositivo general de regulación migratoria. Sin embargo, durante mucho tiempo las leyes nacionales no diferenciaron claramente las clases de migrantes, incluidos los refugiados. Esto tendría lugar, como apunta Karatani,¹⁰⁶ hasta el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, lo cual sentaría las bases de la normativa contemporánea en materia de refugiados.

Las preocupaciones y perspectivas que fueron dando forma al espacio para el asilo y delineando al sujeto refugiado en los primeros años del régimen quedaron plasmadas en la base legal del sistema: la Convención de 1951, la cual construyó al sujeto refugiado “universal” y ha servido como patrón para juzgar la elegibilidad del sujeto refugiado; esto es, para calificar si las personas perseguidas merecen ser protegidas internacionalmente o no. La Convención definió al sujeto refugiado de un modo fijo y estático con el fin de excluir a otras personas perseguidas que no cumplan con los requisitos que señala. La relevancia de establecer una definición de refugiado a nivel legal radica en que se creó la distinción entre refugiados “verdaderos” y “falsos”. De hecho, el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, que aparentemente es necesario para vigilar esta distinción, también puede ser un mecanismo para emitir juicios subjetivos y racistas sobre si el refugiado es digno de que se le otorgue el asilo o no.

Si bien los Estados que ratifican o se adhieren a un tratado internacional contraen obligaciones jurídicas vinculantes, seguimos viviendo en un con-

¹⁰⁵ Hathaway, J., “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law...”, *cit.*, p. 133.

¹⁰⁶ Karatani, Rieko, “How History Separated Refugee and Migrant Regimes: in Search of their Institutional Origins”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, núm. 3, 2005, p. 517.

texto donde la soberanía estatal juega un papel primario en las relaciones internacionales, hayan o no temas de derechos humanos comprometidos. Por ello, los instrumentos internacionales del Sistema Universal, que son la base actual del sistema legal de protección para los refugiados, no imponen a los Estados firmantes la obligación de otorgar la condición de refugiado a cada persona que les solicita asilo y tienen la libertad de establecer sus propias reglas, procedimientos e instituciones para procesar las solicitudes de asilo y tomar decisiones.

De este modo, y a pesar de que el derecho de buscar y recibir asilo está presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la actualidad es considerado como un derecho humano, a la fecha ningún instrumento legal internacional define qué es “asilo” ni establece la obligación de otorgarlo a los Estados.¹⁰⁷ En cambio, los Estados conservan un considerable margen de discreción para decidir a quién otorgarlo y, en este sentido, definir quién es una persona refugiada y merece ser protegida internacionalmente en caso de persecución, a través de sus normas nacionales que regulan los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado.

A pesar de lo anterior, la narrativa dominante presenta al derecho internacional de los refugiados como un conjunto de normas con una visión humanitarista, asistencial y afín a los derechos humanos. Sin embargo, lejos de ser un medio para institucionalizar la preocupación de la comunidad internacional por el bienestar de las personas que se ven obligadas a huir de sus países, ha servido para institucionalizar la racionalidad de control y exclusión del régimen.¹⁰⁸ De este modo, detrás del derecho de los refugiados codificado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 se encuentra un enfoque biopolítico de gestión de las poblaciones y securitización de los flujos migratorios que preserva y fortalece la postestad de los Estados de decidir quién entra a sus territorios y quién no.

Así pues, desde sus inicios, el derecho internacional de los refugiados ha sido un aparato de control que identifica, clasifica y selecciona a una clase

¹⁰⁷ Goodwin-Gill, G., “The International Law of Refugee Protection”, en Fiddian-Qasmieh, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 42.

¹⁰⁸ Hathaway, J., “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law...”, *cit.*, p. 130.

limitada de personas perseguidas, a quienes califica y juzga como dignas de recibir protección internacional o no. La Convención de 1951 ha regularizado y normalizado el enfoque biopolítico del régimen al categorizar legalmente al sujeto refugiado y, de esta forma, ponerlo bajo el control y la gestión del orden jurídico internacional y los Estados. Así pues, tras una inspección más detallada, es posible apreciar que todos los aspectos del derecho internacional de los refugiados, esencialmente expresados en la Convención de 1951, y que tienen como base la neutralidad, universalidad y, sobre todo, la legalidad, al final de cuentas son elementos clave para la producción del sujeto refugiado genuino y, a la par, del migrante forzado indeseable.

VI. CONCLUSIONES

La llegada del nuevo milenio hizo patente el creciente número de conflictos y personas que carecen de la plena protección de su Estado y que requieren protección internacional al ser desplazadas de manera forzada. En los últimos veinte años los conflictos han afectado a distintos grupos de personas (mujeres, niños, LGBT, indígenas) y combinado varios tipos de violencia: estatal, de género, de mercado, criminal y medioambiental, en aras de alcanzar poder social o económico. Aún más, por lo general, afectan regiones ya antes azotadas por problemas similares en procesos cíclicos. Asimismo, los agentes de la violencia se han multiplicado: además de las fuerzas estatales y los actores no estatales que ejercen el control *de facto* sobre territorios y personas, hay actores privados tolerados por el Estados —como el crimen organizado— que buscan tomar el control de la tierra, los cuerpos y territorios con fines económicos.

La situación descrita ha provocado que al menos 100 millones de personas se hayan visto obligadas a huir de sus hogares durante los últimos diez años (2010-2019), buscando refugio dentro o fuera de las fronteras de sus países.¹⁰⁹ Sin embargo, el contexto actual en materia de refugiados sugiere que estamos muy lejos de que el asilo sea un espacio donde el refugiado no sea perseguido. Más bien, parece propicio afirmar que el asilo es una ficción legal donde el refugiado no tiene protección contra la privación

¹⁰⁹ ACNUR, *Global Trends. Forced Displacement in 2019*, Copenhague, ACNUR, 2020, p. 4.

de su libertad por parte del Estado de destino, ya sea literalmente, como es evidente en los centros de detención y *hotspots*, o figurativamente, en el sentido de que es forzado a formas de subjetivización y control a través del proceso de determinación de la condición de refugiado y su categorización legal.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 siguen siendo las piedras angulares del sistema de protección internacional de los refugiados y son presentados por el discurso hegemónico como instrumentos universales de derechos humanos destinados a proteger a los refugiados de la persecución, evitar su devolución a los lugares donde corre peligro su vida y garantizar de manera general sus derechos. Sin embargo, el asilo es una prerrogativa estatal y no un derecho humano y el régimen internacional de los refugiados es una biopolítica del dispositivo de regulación migratoria que sirve para intensificar el control fronterizo de los Estados frente a los movimientos incontrolados de migrantes forzados. Por ello, como Hathaway advierte, “el derecho de los refugiados ha sido históricamente valorado por los Estados porque es una forma política y socialmente aceptable de maximizar el control fronterizo frente a la migración involuntaria recurrente”.¹¹⁰

En tal virtud, la lógica que ha imperado en el derecho internacional de los refugiados ha sido una de gestión, selección y control del sujeto refugiado, así como una de exclusión del resto de migrantes forzados. Para tales efectos, la creación del sujeto refugiado, a través de una definición legal fija y que deja fuera a la inmensa mayoría de migrantes forzados, ha sido clave. En este sentido, la función principal de la Convención de 1951 en el contexto actual es evitar que la definición de refugiado se amplíe para incluir los fenómenos contemporáneos de desplazamiento forzado y persecución (como violencia generalizada y persecución por motivos de género), puesto que ello implicaría aumentar el espectro de protección del derecho internacional de los refugiados, lo cual nunca ha estado en la racionalidad de este cuerpo de normas.

La racionalidad biopolítica del régimen internacional de los refugiados no impide, sin embargo, que el asilo sea una institución que salva vidas cuando entra en funcionamiento. De hecho, en sus orígenes salvó las vidas de las

¹¹⁰ Hathaway, James C., “Why Refugee Law Still Matters”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, 2007, pp. 99 y 100.

víctimas de conflictos bélicos en Europa y del fascismo (minorías étnicas, religiosas, políticas, sexuales), así como de las personas perseguidas en la Guerra Fría. En el contexto contemporáneo, aunque a cuenta gotas, el asilo sigue siendo un mecanismo que salva las vidas de las personas que huyen de la opresión y el conflicto en sus regiones de origen. Estas personas cruzan fronteras internacionales para resistirse a vivir en espacios donde sus vidas, seguridad y libertad corren peligro. En este sentido es muy significativa la idea de Michel Foucault del asilo como el “derecho de los gobernados”. Al respecto, advierte que este derecho:

...no está relacionado con el derecho a tomar el poder, sino con el derecho a partir, a ser libre, a no ser perseguido —en otras palabras, en legítima autodefensa respecto del gobierno—. Habla del valor y lo deseable que es extender, en cualquier oportunidad contingente, los derechos de los gobernados como los derechos “de esos que ya no quieren ser gobernados”, o, en cualquier caso, a no ser gobernados aquí, de esta forma, por esa gente.¹¹¹

Entonces, el asilo es un mecanismo clave para que las personas que están en desacuerdo con el sistema en el que viven y que son perseguidas por esa razón se resistan a la opresión. Como tal, es preciso reinventarlo y desafiar los límites legales que lo conforman a través de estrategias de conducta.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, *Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, San José, ACNUR, 1992.
- ACNUR, *Consideraciones legales sobre el acceso a la protección y la relación entre las personas refugiadas y el tercer país en el contexto del retorno o traslado a terceros países seguros*, ACNUR, 2018.
- ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del artículo 1a(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, ACNUR, 2002.

¹¹¹ Foucault, Michel y Faubion, James D., *Power. Essential Works of Foucault, 1954-1984*, Nueva York, New Press, 2000, p. xxxviii.

- ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 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*, ACNUR, 2012.
- ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 a (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados*, ACNUR, 2002.
- ACNUR, *Global Trends. Forced Displacement in 2019*, Copenhagen, ACNUR, 2020.
- ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo 2000. Cincuenta años de acción humanitaria*, Barcelona, Icaria Editorial-ACNUR, 2000.
- ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo. Desplazamientos humanos en el nuevo milenio*, Barcelona, ACNUR-Icaria Editorial, 2006.
- ACNUR, *Problem of Refugees and Asylum-Seekers who Move in an Irregular Manner from a Country in Which they had Already Found Protection*, No. 58 (XI) – 1989, ACNUR, 1989.
- ACNUR, *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales del ACNUR sobre protección internacional*, Barcelona, ACNUR, Icaria Editorial, 2010.
- ACNUR, *Refugees without an Asylum Country No. 15 (XXX) – 1979*, ACNUR, 1979.
- ACNUR, *Sexual Violence Against Refugees: Guidelines on Prevention and Response (UNHCR)*, ACNUR, 1995.
- BANERJEE, P., “Forced Migration in South Asia”, en FIDDIAN-QASMIYEH, E. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- BARKER, M., *The New Racism: Conservatives and the ideology of the tribe*, Londres, Junction Books, 1981.
- BLACK, Richard, “Fifty Years of Refugee Studies: From Theory to Policy”, *International Migration Review*, vol. 35, núm. 1, 2001.
- CAMPESI, G., “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, vol. 3, 2012.
- CHIMNI, B. S., “The Birth of a «Discipline»: From Refugee to Forced Migration Studies”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 22, 2008.
- CHIMNI, B. S., *International Refugee Law: A Reader*, New Delhi, Londres, Sage, 2000.

- Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-25/18, de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5o., 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Corte IDH, 2018.
- COUTIN, Susan Bibler, *Exiled Home: Salvadoran transnational youth in the aftermath of violence. Global insecurities*, Durham, Londres, Duke University Press, 2016.
- COUTIN, Susan Bibler, *Nations of emigrants: shifting boundaries of citizenship in El Salvador and the United States*, Ithaca, Cornell University Press, 2007.
- D'ESTEFANO, M., *Fundamentos Del Derecho Internacional Público Contemporáneo*, La Habana, Universidad de La Habana, 1985.
- DE LUCAS, Javier, “Refugiados como «moneda de cambio». Sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 12, 2016.
- EINARSEN, T., “Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protocol”, en ZIMMERMANN, Andreas (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011.
- ESTÉVEZ, Ariadna, *Guerras necropolíticas y biopolítica de asilo en América del Norte*, México, UNAM-UACM, 2018.
- ESTÉVEZ, Ariadna, “Refugees and Forced Migration”, en BAYLIS, John *et al.*, (eds.), *The Globalization of World Politics: an Introduction to International Relations*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- FOUCAULT, Michel y FAUBION, James D., *Power. Essential Works of Foucault, 1954-1984*, Nueva York, New Press, 2000.
- FOUCAULT, Michel *et al.*, “The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-79”, Basingstoke England, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2008.
- FOUCAULT, Michel y VÁZQUEZ, José, *Nietzsche. La genealogía, la historia*, Valencia, Pre-Textos, 2008.
- GIL-BAZO, María-Teresa, “El asilo en la práctica de los estados de América Latina y África”, *Informes de Investigación del ACNUR*, núm. 249, 2013.
- GIL-BAZO, María-Teresa, “The Safe third country concept in international agreements on refugee protection assessing state practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 1, 2015.

- GOODWIN-GILL, G., “The International Law of Refugee Protection”, en FIDDIAN-QASMIYEH, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- HANSEN, Lene, “Poststructuralism”, en BAYLIS, John *et al.*, (eds.), *The globalization of world politics: an introduction to international relations*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2020.
- HATHAWAY, James C., “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 31, núm. 1, 1990.
- HATHAWAY, James C., “Why Refugee Law Still Matters”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, 2007.
- HOBBSAWM, Eric J., *Historia del Siglo XX*, Buenos Aires, Crítica, Grijalbo Mondadori, 1998.
- HOLBORN, Louise W., “The Legal Status of Political Refugees, 1920–1938”, *American Journal of International Law*, vol. 32, núm. 4, 1938.
- IBRAHIM, Maggie, “The securitization of migration: a racial discourse”, *International Migration*, vol. 43, núm. 5, 2005.
- Instituto de Derecho Internacional, “El Asilo en el derecho internacional público”, 5a. Comisión, Bath, Instituto de Derecho Internacional, 1950.
- JENNINGS, R. Y., “Some International Law Aspects of the Refugee Question”, *British Yearbook of International Law*, vol. 20, 1939.
- KARATANI, Rieko, “How History Separated Refugee and Migrant Regimes: in Search of their Institutional Origins”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, núm. 3, 2005.
- KIBREAB, G., “Forced Migration in the Great Lakes and the Horn of Africa”, en FIDDIAN-QASMIYEH, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- LOESCHER, Gil, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis*, Oxford, OUP, 1996.
- MACHADO CAJIDE, Landy, “Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los refugiados”, *Anuario Digital CEMI* 1, núm. 1, 2013.
- MALKKI, Liisa H., “Refugees and Exile: from “Refugee Studies” to the National Order of Things”, *Annual Review of Anthropology*, vol. 24, 1995.
- MCCONACHIE, K., “Forced Migration in South-East Asia and East Asia”, en FIDDIAN-QASMIYEH, E. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- MEZZADRA, Sandro, *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005.
- MONSUTTI, A. y BALCI, B., “Forced Migration in Broader Central Asia”, en FIDDIAN-QASMIYEH, E. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- NGAI, Mae M., “The Strange Career of the Illegal Alien: Immigration Restriction and Deportation Policy in the United States, 1921-1965”, *Law and History Review*, vol. 21, núm. 1, 2003.
- NOIRIEL, Gérard, *Réfugiés et sans-papiers: la république face au droit d’asile, XIXE-XXE siècle*, Paris, Hachette Littérature, 1998.
- NOLL, Gregor, *Negotiating asylum: the EU acquis, extraterritorial protection and the common market of deflection*, The Hague, Londres, Martinus Nijhoff, 2000.
- ONU, *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, Nueva York, ONU, 2015.
- ONU, *Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes*, 2016, Nueva York, ONU, 2016.
- ONU, Pacto mundial sobre los refugiados, Marrakech, ONU, 2018.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, “Asilo: ¿Derecho humano o prerrogativa del estado?”, *Revista Temas de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2019.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, “La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *¿México como tercer país (in)seguro? el asilo como derecho humano en disputa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- RAMJI-NOGALES, Jaya et al., *Refugee Roulette Disparities in Asylum Adjudication and Proposals for Reform*, Nueva York, NYU Press, 2009.
- RIGO, Enrica, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell’unione allargata*, Milán, Booklet Milano, 2007.
- SAN JUAN, César Walter, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo asilo-refugio a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, en FRANCO, Leonardo (ed.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Buenos Aires, ACNUR, UNLA, IIDH, 2003.
- SCHMAHL, S., “Article 1b 1951 Convention”, en ZIMMERMANN, A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011.

- SHAH, Prakash, *Refugees, Race and the Legal Concept of Asylum in Britain*, Londres, Cavendish, 2000.
- SKRAN, C., “Historical Development of International Refugee Law”, en ZIMMERMANN, A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, OUP, 2011.
- SQUIRE, Vicky, *The Exclusionary Politics of Asylum*, Londres, Palgrave Macmillan, London, 2008.
- TORPEY, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- VAUGHAN-WILLIAMS, Nick, *Border Politics: The Limits of Sovereign Power*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.
- WÆVER, O., “Securitization and Desecuritization”, en LIPSCHUTZ, R. D. (ed.), *On Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1995.
- WALTERS, William, “Border/Control”, *European Journal of Social Theory*, vol. 9, núm. 2, 2006.
- WEIS, Paul, “The International Protection of Refugees”, *American Journal of International Law*, vol. 48, núm. 2, 1954.
- ZETTER, Roger, “Labelling Refugees: Forming and Transforming a Bureaucratic Identity”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm. 1.
- ZOLBERG, Aristide R. *et al.*, *Escape from Violence: Conflict and the Refugee Crisis in the Developing World*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

Comentarios

El problema de los derechos económicos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

The Problem of the Economic Rights of Indigenous Peoples in Convention 169 of the International Labor Organization

Le problème des droits économiques des peuples autochtones dans la Convention 169 de l'organisation Internationale du Travail

Edison Joselito Naranjo Luzuriaga*

Diego Mauricio Bonilla Jurado**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La pobreza extrema de la población indígena*. III. *El problema de la determinación de los derechos económicos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT*. IV. *A manera de conclusión*. V. *Bibliografía*.

* Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8938-5036>, edisonnaranjo777@yahoo.com; ua.edisonnaranjo@uniandes.edu.ec.

** Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4784-7861>, diegobonilla@uti.edu.ec.

Artículo recibido el 16 de febrero de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 315-341
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-BJV, 2022.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El artículo analiza el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en atención a la cuestión de los derechos económicos de los pueblos indígenas. Se toma como premisa la pobreza en la cual se mantienen los pueblos indígenas. Con base en esto, se examinan los siguientes aspectos relacionados con los derechos económicos: la ambigüedad en la formulación de dichos derechos; la concepción de los pueblos indígenas como agentes pasivos, el significado difuso de los derechos económicos, su concepción a partir del criterio de subsistencia, los límites de la consulta previa, y el derecho al empleo. A manera de conclusión se pone de manifiesto el problema de la formulación equívoca y remedial de los derechos económicos.

Palabras clave: Convenio 169, OIT, derecho internacional, derechos económicos, pobreza, pueblos indígenas.

ABSTRACT: The article analyzes The International Labor Organization (ILO) Convention 169 in attention to the issue of the economic rights of indigenous peoples. The poverty in which the indigenous peoples remain is taken as a premise. Based on this, the following aspects related to economic rights are examined: ambiguity in the formulation of said rights; the conception of indigenous peoples as passive agents; the diffuse meaning of economic rights; its conception from the subsistence criterion; the limits of prior consultation; and the right to employment. By way of conclusion, the problem of the equivocal and remedial formulation of economic rights is revealed.

Key words: Convention 169, ILO, international law, economic rights, poverty, indigenous peoples.

RÉSUMÉ: L'article analyse la Convention 169 de L'organisation Internationale du Travail (OIT) en se concentrant sur la question des droits économiques des peuples autochtones. La pauvreté dans laquelle vivent les peuples autochtones est prise comme prémisse. Sur cette base, les aspects suivants liés aux droits économiques sont examinés: ambiguïté dans la formulation de ces droits; la conception des peuples autochtones comme des agents passifs; la signification diffuse des droits économiques; sa conception à partir du critère de subsistance; les limites de la consultation préalable; et le droit à l'emploi. En guise de conclusion, se pose le problème de la formulation équivoque et réparatrice des droits économiques.

Mots-clés: Convention 169, OIT, droit international, droits économiques, la pauvreté, peuples autochtones.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente texto consiste en analizar y evaluar la cuestión del derecho económico de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional que se ha ocupado de dichos pueblos. Específicamente se considerará el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para ello, se parte de un hecho que ha sido ampliamente reconocido, esto es, la pobreza en la cual se encuentra la población indígena de América Latina. En tal sentido, se toman en cuenta las declaraciones donde se señala el incumplimiento de los acuerdos internacionales que han suscrito diversos Estados sobre la población indígena. Una pregunta que cabe hacer frente a esta realidad es la de saber las razones que explican el incumplimiento de esos derechos a pesar de que están previstos no solamente en los textos de alcance internacional, sino también en diversas Constituciones.¹

Se pueden esgrimir diversas razones con el fin de dar cuenta de esta situación. Una de ellas, quizá la más importante, es el incumplimiento de las políticas públicas previstas en las normas constitucionales, dirigidas a promover el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Junto a ello cabe destacar, por ejemplo, que algunos Estados han participado de diversas maneras en la economía extractivista que ha tenido como resultado el deterioro de la posesión y uso de los territorios indígenas donde se ha instalado, por ejemplo, la explotación petrolera o minera.²

Estas razones han sido ampliamente conocidas y debatidas, del mismo modo como se han examinado las diversas causas históricas, económicas, sociales y culturales que explican el estado de pobreza al que han llegado los pueblos indígenas desde la colonización. No obstante, suelen tomarse como buenos los acuerdos internacionales que han sido asumidos con carácter vinculante por diversos países.³ Sin embargo, el análisis del Convenio 169

¹ ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

² Burchardt, Hans Jüger *et al.*, *Neoextractivismo tras el boom de las materias primas*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016, pp. 78 y 79.

³ Guerrero Jareño, Rocío, "Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 1989 (núm. 169)", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, 1260-1273, disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/790/1005.

permite mostrar que existen importantes limitaciones sobre el derecho indígena que se mantienen hasta hoy y que no han sido examinadas en algunos aspectos fundamentales.

Se podría afirmar, no obstante, que suele haber una inevitable distancia entre la norma y el hecho, vale decir, entre las declaraciones y la constitución efectiva de la realidad. Se trata de un fenómeno universal que estaría reforzado desde el momento en que se privilegian las formas por encima del contenido, con el riesgo de hacer de ellas el ámbito a través del cual se pretende dar cuenta de la realidad. Sin embargo, el problema que se intenta analizar aquí no es la voluntad o la negligencia que da lugar al incumplimiento, o el formalismo del discurso. Se parte, antes bien, de la hipótesis de que, en el marco del derecho internacional, los derechos económicos de los pueblos indígenas están enunciados de un modo equívoco y remedial que tiende a colocarlos en un lugar subalterno que afecta precisamente su aplicabilidad. Se buscará mostrar esto con el examen del articulado del citado Convenio 169. Para ello, como premisa se parte del problema de la pobreza, confirmado precisamente por la OIT.

II. LA POBREZA EXTREMA DE LA POBLACIÓN INDÍGENA

En uno de sus más recientes documentos, la OIT ha puesto de manifiesto que su ya larga iniciativa destinada al establecimiento de la justicia social está relacionada con su interés por el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas. En este sentido, se hace mención del Convenio 169 considerado como “el único tratado legalmente vinculante sobre la cuestión”.⁴ Bajo el espíritu de dicho convenio, la OIT señala que ha realizado estudios cualitativos y cuantitativos sobre la condición de los pueblos indígenas y destaca su interés por superar las injusticias y la invisibilidad que han afectado a dichos pueblos. En tal sentido, valga destacar algunos aspectos de dicho informe.

Se señala, por ejemplo, que el problema de la informalidad laboral en América Latina viene afectando de un modo considerable a los pueblos in-

⁴ OIT. Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de la OIT. Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, Suiza, Ediciones OIT, 2019, p. 5.

dígenas.⁵ El informe claramente se refiere a un alto porcentaje (45%) de esta población que ha salido de sus territorios para poder subsistir.⁶ Quizá lo más significativo de dicho informe es que, con base en las cifras que ofrece, se concluye que la pobreza es uno de los factores especialmente visibles en la población indígena, mucho más que el que se puede apreciar en el resto de la población.⁷

Llama la atención que una vez hechos estos señalamientos, en el documento de la OIT se plantean diversos modos de afrontar este problema, entre los cuales el primero consiste en “promover la ratificación y la implementación del Convenio 169”.⁸ Valga poner de relieve entonces que ante los graves problemas que han afectado a la población indígena, se invoca un instrumento internacional que tiene treinta años de vigencia, durante los cuales han existido sucesivos intentos de aplicación. Se observa que se sigue tomando como bueno el texto del Convenio, a pesar de las diversas críticas que se le han hecho.⁹

Cabría plantear que el problema de la aplicabilidad del citado Convenio no solamente tiene que ver con la voluntad legislativa o con las políticas públicas, sino también con su concepción. De allí que el problema de su aplicación pueda también tener como motivo la formulación misma de los derechos de los pueblos indígenas, específicamente los de alcance económico, con las contradicciones históricas y culturales que ello supone.¹⁰

⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁹ Véanse, por ejemplo, las críticas de Iturralde Guerrero, Diego A, “Pueblos indígenas, derechos económicos sociales y culturales, y discriminación”, *Revista IIDH. Instituto Interamericano de derechos humanos*, UNAM, 2002, 39 (38), pp. 233-256; Calí Tsay, José Francisco, “Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación”, en Aylwin, José y Tamburini, Leonardo (coord.), *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014, pp. 28-44; Larsen, Peter. B, “La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina”, *International Development Policy*, 2016, 7.2. disponible en: <http://poldev.revues.org/2247>, o el testimonio de la situación de los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, en Ecuador, tal como lo ha hecho la ONU, (2018). Declaración de Fin de Misión de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpus al finalizar su visita a Ecuador. 2018 disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23864&LangID=S>.

¹⁰ Cabe destacar el siguiente pasaje donde se señala que a través de diversos instrumentos normativos internacionales “Los pueblos indígenas... quedaron en una situación jurídica am-

Dada la importancia histórica que tiene el Convenio 169 de la OIT, y al tomar entonces en cuenta la vigencia que se le atribuye, se plantea a continuación la tarea de realizar su análisis y evaluación, no en atención a los aciertos, desaciertos u omisiones que se han puesto de relieve al tratar de llevarlo a la práctica, sino al tomar en cuenta su formulación misma considerando los textos dedicados específicamente a la cuestión económica.

III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. *La ambigüedad del derecho económico*

En el marco de las consideraciones generales previas al articulado del Convenio 169 de la OIT se hace referencia a la cuestión económica cuando se plantea el reconocimiento de “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades ...dentro del marco de los Estados en que viven”.¹¹ Si se toma en cuenta que la OIT en 2019 ratifica la vigencia del Convenio 169, cabría plantear si en este momento de su historia los pueblos indígenas han logrado hacer valer la aspiración de asumir sus propias instituciones.

Cabe, en principio, advertir que esta consideración de la OIT, ratificada en 2019, es un señalamiento que contrasta notablemente con las cifras y la evaluación que ha hecho este organismo de la situación de los pueblos indígenas. Es necesario advertir que no se pretende desconocer, por ejemplo, la lucha que han librado históricamente los pueblos indígenas por su reconocimiento. De hecho, baste recordar, por ejemplo, las diversas manifestaciones que se produjeron en Ecuador en octubre de 2019 a raíz de algunas medidas

bigua, indefinida y no pocas veces contradictoria”. *Cfr.* Bengoa, José, “Potencialidades y limitaciones del derecho internacional sobre (o de) los pueblos indígenas”, *Revista Antropologías del Sur*, 2017, 4 (7), p. 266.

¹¹ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales*, edición conmemorativa, Lima, OIT, 2014, p. 16.

económicas anunciadas por el gobierno, que dieron lugar a una grave represión, así como a la afectación de los derechos humanos.¹²

Allí se evidenció, una vez más, la capacidad de lucha de las organizaciones indígenas. Pero ello no significa que esa capacidad haya sido suficiente a lo largo del tiempo para que dichos pueblos asumieran el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico. Si se consideran las demandas que las organizaciones indígenas plantearon en ese momento, se puede observar que se trataba de una respuesta a las pretensiones del gobierno de aplicar medidas de corte neoliberal auspiciadas por el Fondo Monetario Internacional que afectaban sensiblemente la capacidad adquisitiva de los más pobres. De allí que sea importante no confundir una acción política de masas que surgió como reacción legítima ante una medida gubernamental, con el esfuerzo orgánico y sostenido que supone la idea del autocontrol institucional, económico-social y cultural por parte de los pueblos indígenas.

Llama la atención que en otra de las consideraciones del Convenio 169 se pone de manifiesto que los pueblos indígenas han visto afectadas las condiciones que permitirían alcanzar las aspiraciones antes mencionadas. En efecto, se señala que se ha observado que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas “no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.¹³

Se puede entonces observar que entre el Convenio 169, suscrito en 1989, y el informe de la OIT, presentado en 2019, no existen diferencias significativas respecto a la evaluación de las condiciones de los pueblos indígenas. La pobreza destacada en el informe 2019 es un indicador fundamental del deterioro que ya se indicaba en el Convenio de 1989 y que tiende a afectar las condiciones de vida, las instituciones, las costumbres y especialmente las expectativas que puedan plantearse los pueblos indígenas. Se debe reconocer el esfuerzo y las diversas iniciativas que ha tomado la OIT para establecer consensos y ofrecer estrategias frente a este problema. Pero

¹² Varios autores, Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos, *Verdad, Justicia y reparación. Informe de verificación sobre DDHH. Para Nacional y levantamiento Indígena*, Quito, INRED, 2019, pp. 14-77.

¹³ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., p. 17.

ello no significa que no puedan existir dificultades en el seno mismo de los instrumentos que se han suscrito; vale decir, que no existan problemas en la concepción y formulación de los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellos, especial atención merece la manera como se han considerado los derechos económicos.

El problema que se observa en el articulado del Convenio 169 tiene que ver precisamente con el significado y alcance que se le atribuye a los derechos económicos de los pueblos indígenas. En la parte I, donde se expone la política general del Convenio 169, se señala que “los gobiernos deberán... proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad”.¹⁴ Y para ello se presentan algunas medidas como las siguientes: que se promueva “la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.¹⁵

Aquí puede observarse que el derecho económico, fundamental como se sabe, para el desarrollo de la humanidad, tal como lo han planteado desde diversas perspectivas Smith o Marx, queda diluido en el marco de la formulación de una medida que lo incluye todo.¹⁶ Por lo menos a esta altura del Convenio no aparece la importancia medular del derecho económico, aun cuando se utiliza la respectiva expresión.¹⁷ No se trata de hacer valer

¹⁴ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, *cit.*, artículo 1o, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 2.1, p. 22.

¹⁶ Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza Editorial, 2011; Marx, Karl, *El capital*, Madrid, Akal, 2000. Se podría objetar que el derecho económico de los pueblos indígenas no ha de ser considerado a partir del desarrollo del capitalismo, cuyas bases de legitimación y de crítica se remontan a las obras de Smith y Marx. No obstante, es necesario tomar en cuenta que el interés por el reconocimiento de dichos pueblos a través de organismos internacionales se inició a comienzos del siglo XX y se ha fortalecido hasta el presente en el contexto del desarrollo del capitalismo. Aun así, se podría advertir que el derecho económico de los pueblos indígenas no necesariamente debe considerarse desde la lógica del capitalismo. Y si bien esta advertencia tiene sentido, es necesario reconocer que diversos intentos de reconocimiento de los pueblos indígenas se han llevado a cabo en el contexto del debate sobre distintas perspectivas asociadas al desarrollo económico (Unceta, Koldo, “Desarrollo alternativo, alternativas al desarrollo y buen vivir: elementos para el debate”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 128, 2015, p. 29).

¹⁷ La formulación de dichos derechos en el marco del derecho internacional fue formulada en la segunda mitad del siglo XX (Pacto Internacional de derechos económicos, Sociales y Culturales, 1966). Como puede observarse, en diversos textos dedicados a los pueblos indígenas se suele hablar de sus derechos económicos en el marco de una declaración con un

una mirada economicista de los pueblos indígenas. Lo social, lo cultural y lo histórico son igualmente aspectos esenciales. Pero si se toma en cuenta que el desconocimiento de los pueblos indígenas ha sido especialmente visible a través de la desigualdad económica y la pobreza que les ha afectado y que diversas instituciones han reconocido, entonces puede sostenerse que el derecho económico no es un aspecto menor.

Lo anterior se puede plantear de otra manera. Si bien el reconocimiento cultural, social, institucional e histórico de los pueblos indígenas es fundamental para que exista autonomía e integridad en el desarrollo de dichos pueblos, y si bien ese reconocimiento puede ser una fuente muy importante para evitar su marginación, no es aconsejable subestimar la importancia de la economía, pues todo esfuerzo de reconocimiento social y cultural que se emprenda es inútil o limitado si no se toman en cuenta los niveles de desigualdad económica y pobreza. De no ser así, el reconocimiento no pasa de ser una declaración de principios, una exhortación o un enunciado retórico que, quizá, en definitiva, es una forma sutil de desconocimiento. Se puede sostener que, así como no existe desigualdad económica sin el desconocimiento social y cultural, este desconocimiento no se habría desarrollado hasta sus extremos si no se hubiesen afectado las condiciones económicas de los pueblos. Lo económico junto a lo social y lo cultural son ejes a través de los cuales se va tejiendo la historia de los pueblos.

Es cierto que en el artículo 2o. del Convenio se hace énfasis en la desigualdad cuando se señala que se debe promover la eliminación de “las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional”.¹⁸ Se trata, ciertamente, de una medida justificada, pero que, como se sabe, no ha encontrado su realización en la vida de los pueblos indígenas y, por el contrario, se ha visto cada vez más negada por la contundencia de las cifras y los hechos. Esta circunstancia no solamente puede ser vista bajo el criterio de la distancia que suele existir entre las normas y los hechos, sino también al considerar un aspecto crucial relacionado con el significado y alcance de los derechos socioeconómicos que se mencionan en la norma citada.

contenido más amplio, denominada DESC (derechos económicos sociales y culturales) que tiene como orientación común la de concebir dichos derechos de un modo genérico que suele dar lugar a la discriminación (Iturralde, *Pueblos indígenas...*, cit., p. 242).

¹⁸ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 2.1, pp. 22 y 23.

Cuando se dice que se deben eliminar las diferencias socioeconómicas que afectan a los pueblos indígenas respecto a los demás miembros de un Estado, teniendo presente las aspiraciones y formas de vida de los pueblos indígenas, no se contribuye necesariamente a precisar los alcances de la medida planteada. Cabría decir, en este sentido, que existen ambigüedades en esta formulación, pues, por un lado, se sostiene que el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de los pueblos indígenas debe ser equivalente al resto de la sociedad, y, por otro lado, se señala que dicho mejoramiento ha de ser compatible con las aspiraciones y formas de vida de los pueblos indígenas.

La ambigüedad se produce porque “las condiciones socioeconómicas” y “las aspiraciones y formas de vida” de los pueblos indígenas no son iguales a las del resto de la sociedad. La ambigüedad desaparecería si se llegara a sostener que, junto a las condiciones socioeconómicas, también las “aspiraciones y formas de vida” son equivalentes para todos. Pero, como se sabe, esto no es así, pues se trata de procesos histórico-culturales distintos: el occidental, que supone el máximo desarrollo del capitalismo y el dominio e intervención de la naturaleza, y el de los pueblos indígenas, que supone una relación de equilibrio y armonía con el orden natural. Si no se tiene presente esta asimetría, entonces no existe claridad respecto a cuáles son las mejores condiciones socioeconómicas de los pueblos indígenas. Esto pone de manifiesto que el Convenio toma como punto de partida la igualación de situaciones históricas asimétricas.¹⁹

Cabría preguntar en este sentido si el Convenio 169 de la OIT logra superar efectivamente la concepción asimilacionista de los pueblos indígenas contenida en el Convenio 107 de 1957.²⁰ Si se toma en cuenta el diagnóstico que hizo la OIT en 2019 sobre la situación de los pueblos indígenas y

¹⁹ Una visión global de este problema se encuentra en Sousa Santos, Boaventura de, “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, en Sousa Santos, Boaventura de y Meneses, María Paula (eds.), *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Madrid, Akal, 2014, pp. 21-66.

²⁰ OIT, Organización Internacional del Trabajo (1957), Convenio núm. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML_EXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO. Sobre las motivaciones que llevaron a la OIT a la modificación del convenio 107 y la aprobación del Convenio 169, cfr. Aylwin, José y Tamburini, Leonardo, *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014, p. 8.

tribales, se podría pensar en la posibilidad de que, por la vía de los hechos, en este caso, al tener en cuenta las condiciones de deterioro de los pueblos indígenas, se habría producido, a fin de cuentas, una experiencia de asimilación que supone el quiebre y desconocimiento de pueblos cada vez más marginados.

2. *Los pueblos indígenas vistos como agentes pasivos en atención a los derechos económicos*

Un aspecto que debe tomarse en cuenta es que el sujeto al cual se le atribuyen obligaciones o deberes respecto a los pueblos indígenas es al respectivo Estado-nación. En principio se puede sostener que esta es una manera razonable y jurídicamente correcta de plantear la defensa de los derechos de dichos pueblos. Sin embargo, cabe hacer notar que, en atención a sus derechos, los pueblos indígenas son considerados en una situación pasiva, es decir, se les reconocen sus derechos, pero el que debe tomar las medidas para su cumplimiento es el Estado. Esto se puede plantear de otra manera: el cumplimiento del derecho se activa no a partir de la iniciativa de los pueblos indígenas, sino de la iniciativa que adopte el Estado para que dichos derechos sean efectivos.

En este sentido, véase, por ejemplo, la disposición que señala que “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.²¹ En este caso se puede advertir que dos aspectos económicos explícitos, como los bienes y el trabajo, quedan sujetos a las medidas que tome el Estado. Valga al respecto señalar que si no se han tomado debidamente las medidas destinadas a proteger los derechos económicos de los pueblos indígenas relacionados con los bienes y el trabajo,²² se podría, en principio, afirmar que el problema no está en las disposiciones del Convenio, sino en las políticas públicas del Estado. Pero debe advertirse que al tener el Estado el protagonismo político, jurídico e institucional para garantizar esos derechos, se pone de manifiesto, como se ha dicho, la condición de sujeto pasivo que se les atribuye a los pueblos

²¹ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 2.1, p. 24.

²² OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio...*, cit., p. 5.

indígenas.²³ Si bien el Convenio 169 representa un avance frente a la concepción integracionista que buscaba asimilar los pueblos indígenas al perfil de la sociedad y la cultura occidental, tal como se reflejaba en el Convenio 107, exhibe una posición proteccionista que se justificaría bajo la idea de tutelar a pueblos que habían sido discriminados e ignorados.

Ciertamente, se puede apreciar un avance significativo del Convenio 169 respecto a la forma como tradicionalmente se había tratado a los pueblos indígenas, pero ello no significa que no se siga prolongando una mirada tutelar que afecta las posibilidades de que se haga efectiva la autonomía de los pueblos indígenas y que sus derechos no sean solamente fruto de las normas o de una concesión, sino de la libre iniciativa que le corresponde a dichos pueblos al considerar los privilegios inmanentes que les otorga su propia historia.

Si bien se han examinado y evaluado los avances que han tenido los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional, no necesariamente se debe llegar a la conclusión de que, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, en el marco de otras iniciativas jurídicas de alcance internacional “ha de suponer, sin duda, un avance significativo en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional con miras al fortalecimiento de una regulación específica para el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas”.²⁴

La evaluación del avance del derecho internacional no solamente dependerá del cumplimiento de, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT, sino también de los supuestos historiográficos a partir de los cuales han surgido dichos convenios. La idea, por ejemplo, de la autonomía y la autodeterminación queda en suspenso en la medida en que no se atiendan las bases materiales y los supuestos culturales, así como las condiciones y aspiraciones que en materia económica tienen que ver con los pueblos indígenas. Se ha de tener en cuenta que el mencionado Convenio, dado su carácter internacional, tiene un alcance general, y corresponde al orden

²³ Se ha señalado, por ejemplo, que los pueblos indígenas no han sido sujetos primarios para la ley o, al menos, tal como ha sucedido en los dos últimos siglos han sido considerados sujetos de segunda, lo que ha ratificado su posición de subordinación social, política, económica, cultural (Wray Espinosa, Alberto, “Justicia indígena: sus límites constitucionales”. *Iuris Dictio*, vol. 3, núm. 6, 2002, p. 50.

²⁴ Ponte Iglesias, María Teresa, “Los pueblos indígenas ante el derecho internacional”. *Agenda Internacional*, vol. 10, núm. 20, 2004, p. 172.

jurídico de cada país aplicarlo en términos legales y jurisprudenciales conforme al respectivo contexto histórico.

3. *El significado difuso de los derechos económicos y la subordinación a la economía global*

La pregunta por el significado y alcance del derecho económico de los pueblos indígenas sigue planteada en la medida en que no exista una formulación explícita que se refiera a ello. Por ejemplo, en el artículo 7.1 del Convenio 169 se señala que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades... y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.²⁵

Este texto confirma la tendencia de referirse al desarrollo económico junto al desarrollo social y cultural. Esta tendencia podría leerse, en principio, en un doble sentido. Aquel que lleva a pensar en la interrelación necesaria que ha de existir entre el desarrollo económico, social y cultural. O a la posibilidad de diluir la idea del desarrollo económico dentro de una formulación genérica que no permite comprender qué significa dicho desarrollo, sobre todo si se tiene en cuenta que en el texto citado se plantea el deber de darle prioridad al desarrollo económico, social y cultural “en la medida de lo posible”.²⁶

No hay lugar a duda de que esta expresión no clarifica, sino que más bien relativiza y hace impreciso el criterio mediante el cual se ha de evaluar el desarrollo. “En la medida de lo posible” podría en el fondo suponer una concepción que apunta más a los límites que a las posibilidades del desarrollo. Quizá el mejor testimonio se encuentra en la experiencia misma de los pueblos indígenas, una experiencia donde se advierten mucho más los límites y las limitaciones que las posibilidades. Se podría admitir que la citada expresión es acertada, pero justamente en la medida en que parte de una realidad que históricamente ha estado limitada.

Si se da un paso más en esta dirección, el punto 2 del artículo 7o. podría representar el signo de la orientación económica pensada para los pueblos indígenas. Este artículo señala que “el mejoramiento de las condiciones de

²⁵ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 7.1, p. 28.

²⁶ *Idem.*

vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados... deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habita”.²⁷ Puede observarse aquí un giro radical en el tratamiento de la cuestión económica, pues luego de una formulación ambigua y genérica sobre los derechos económicos de los pueblos indígenas, en sus respectivos territorios, se pasa ahora a concebirlos como mano de obra de los proyectos económicos globales. Cabría preguntar qué significa “planes de desarrollo económico global” y cuál es el alcance geográfico del término “regiones”. Podría referirse, en principio, solamente a los territorios donde habitan los pueblos indígenas. No obstante, los términos “región” o “regional” tienen en el lenguaje de las organizaciones internacionales un alcance que va más allá del territorio del Estado-nación.²⁸

Visto esto en su contexto histórico, se debe tomar en cuenta que a finales de los años ochenta, cuando se aprobó el Convenio, estaba en pleno apogeo la idea del desarrollo de un capitalismo global, como se sabe, más allá del Estado-nación, a cargo de empresas y corporaciones que se venían expandiendo en el mundo.²⁹ Un ejemplo importante de esta iniciativa a nivel regional y de sus efectos en la población indígena fue el conocido Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés), cuyos resultados no fueron en nada favorables a dicha población.

Valga destacar el estudio colectivo que se realizó sobre las consecuencias que ha tenido dicho acuerdo para la región transpacífica.³⁰ El texto del punto 2 del artículo 7o. antes citado ya planteaba que “los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que

²⁷ *Ibidem*, artículo 7.2, p. 28.

²⁸ Valga destacar, a manera de ejemplo, que en la edición del Convenio 169 de la OIT el uso del término “regional” está referido a espacios geográficos que abarcan diversos países. Nótese que la edición de dicho texto estuvo a cargo de la Oficina Regional para América Latina y el Caribe (OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., p. 2). Véase también que en el documento de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales. Fuentes de información” se hace referencia a las sucesivas reuniones de la “Reunión Regional Americana” que agrupa, como se sabe, a países de toda América (OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos indígenas y tribales. Fuentes de información*, serie: Bibliografías. Temáticas digitales, Lima, núm. 12, 2016, OIT, p. 13).

²⁹ Carrillo García, Germán, “Triple revolución en Ecuador. Contradicciones de la economía política frente a la construcción de un Estado social”, *Areas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 39, 2019, p. 87.

³⁰ Alwyn Oyarzún, José et al., *El TPP y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*, Lima, IWGIA, 2016, pp. 74 y 75.

promuevan dicho mejoramiento”.³¹ El Convenio promovía entonces el mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos indígenas en atención a los planes de desarrollo económico global, y a su vez planteaba la necesidad de que los respectivos proyectos mejoraran dichas condiciones de vida.

En esta medida, el Convenio es coherente al plantear en el punto 3 del artículo 7o. el deber de que los gobiernos, junto a los pueblos indígenas, evalúen “la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”.³² El Convenio plantea entonces la necesidad de que se evalúen y a su vez se tomen medidas destinadas a “proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.³³ En este caso, se trata de los planes de desarrollo que podrían afectar a los pueblos indígenas. A este respecto habría que hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, que la idea de desarrollo está concebida como una iniciativa que no proviene de los pueblos indígenas, sino de instancias exteriores, nacionales o supranacionales que deben contar con la cooperación de dichos pueblos. Se podría afirmar que la iniciativa y el protagonismo económico presente en el Convenio, se le sigue atribuyendo a instancias externas o extrañas a los pueblos indígenas. Y de esta forma, se mantiene ambiguo y difuso el significado del derecho económico indígena. El aspecto fundamental que cabe destacar, en este sentido, es que más que un sujeto pasivo, el pueblo indígena aparece como objeto ante el cual sólo corresponde advertir que no se violen sus condiciones de vida.

Y, en segundo lugar, si se considera el contexto en el cual se elabora el Convenio 169, se puede suponer que los textos antes indicados tienen como origen los perjuicios de diverso tipo que han sufrido los pueblos indígenas con la puesta en práctica de planes de desarrollo económico.³⁴ Y quizá la mejor prueba de ello se encuentra en las diversas demandas que han planteado los pueblos indígenas, después de haberse suscrito el Convenio 169, debido a la afectación de sus territorios y modos de vida.³⁵

³¹ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 7.2, p. 29.

³² *Ibidem*, artículo 7.3, p. 29.

³³ *Ibidem*, artículo 7.4, p. 30.

³⁴ Almeida, Ileana et al., Lautaro, *Autonomía Indígena frente al Estado nación y a la globalización neoliberal*, Quito, Abya-Yala, 2005, pp. 147 y ss.

³⁵ Iturralde Guerrero, Diego A, “Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas”, *Alteridades*, vol. 7, núm. 14, 1997, p. 83.

4. El derecho económico reducido al derecho a la subsistencia

La parte II del Convenio 169, denominado “Tierras”, contiene artículos relacionados con este importante aspecto, donde se destaca, por ejemplo, la importancia cultural y espiritual que tienen las tierras para los pueblos indígenas. Del mismo modo, se plantea el deber de que “a los pueblos interesados” se les reconozca “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.³⁶ Es importante subrayar que el derecho fundamental que se plantea sobre las tierras se refiere a la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales.³⁷

Se puede sostener que el derecho económico de los pueblos indígenas en atención a las tierras corresponde a una concepción artesanal y limitada de la economía. Si se considera, por ejemplo, el artículo 23.1 del Convenio, la orientación en ese sentido es elocuente, dado que se tornan más explícitos los derechos económicos relacionados con las tierras habitadas por los pueblos indígenas. Valga citarlo *in extenso*:

La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos.³⁸

Este artículo no plantea la reducción de los derechos económicos a la economía de subsistencia. No obstante, a lo largo del Convenio 169 no se va más allá de este significado. A lo sumo, se plantea el deber de que se le facilite a los pueblos una asistencia técnica y financiera “que tenga en cuenta

³⁶ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, *cit.*, artículo 15.1, p. 37. Conviene poner de relieve que el derecho a la propiedad de la tierra es un enunciado que si bien aparece un par de veces en el Convenio 169 (artículo 14.1 y 14.2), no tiene la contundencia necesaria para contrarrestar la historia que, desde la Colonia, convirtió en difuso dicho derecho. Véase al respecto el estudio de Noejovich, Héctor, “La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes”, *Derecho PUCP*, núm. 56, 2003, p. 1013.

³⁷ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, *cit.*, artículo 15.1, p. 37.

³⁸ *Ibidem*, artículo 23.1, p. 51.

las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo”.³⁹

Del mismo modo, la persistencia en la idea de la economía de subsistencia se observa, por ejemplo, en el artículo 19, inciso a, donde se plantea que los programas agrarios nacionales deben beneficiar a los pueblos indígenas, por ejemplo, en cuanto a la asignación de tierras adicionales.⁴⁰ Para ello, se toma como motivo fundamental que dicha asignación garantice una existencia normal en atención al crecimiento demográfico. La interrogante que de inmediato surge en este sentido es la de saber qué significa “existencia normal” referida a los pueblos indígenas.

Una lectura optimista podría llevar a pensar que se trata de garantizar los derechos económicos, culturales y sociales en un sentido integral, donde la normalidad de la existencia sea evaluada como tal por la misma población indígena. Mientras que una lectura pesimista, es decir, aquella que no tome en cuenta la concepción del mundo y de la vida que han desarrollado dichos pueblos, haría uso de la visión occidental, donde el capitalismo con alto sentido de la competencia fijaría el sentido de la normalidad.

Pareciera que la expresión “existencia normal” es una mera fórmula discursiva en el texto del Convenio. Sin embargo, precisamente lo que se pone en juego con este instrumento jurídico internacional, no solamente es la cuestión del derecho económico, pues se han podido apreciar las opacidades y las lagunas que impiden concebir el significado y alcance de dicho derecho. Se podría decir que se pone en juego precisamente un asunto existencial que tiene que ver con la tradición, la identidad y sobre todo el destino de los pueblos indígenas en el marco de una economía que tiende a ser cada vez más global,⁴¹ tal como se evidencia en el derecho internacional económico.⁴²

³⁹ *Ibidem*, artículo 23.2, p. 52. Respecto a la tendencia a la reducción de las políticas públicas a la economía de subsistencia, son indicativas las reflexiones de Martínez Godoy, Diego, “Entre economía social y economía popular: confusiones y desaciertos políticos en el «Ecuador del Buen Vivir»”, *Eutopía. Revista de Desarrollo Económico Territorial*, núm. 7, 2015, p. 154.

⁴⁰ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, *cit.*, artículo 19.a, p. 43.

⁴¹ Llama la atención que el Banco Mundial, al señalar que “la pobreza no es un rasgo natural de los pueblos indígenas, sino un subproducto de la prolongada historia de agresiones externas a sus valores y economías” (Banco Mundial, *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*, Washington, D. C., Banco Mundial. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO, Banco Mundial, 2015, p. 58) plantee la necesidad de que dichos pueblos se inserten

Se puede advertir que el derecho económico de los pueblos indígenas que ha de garantizar su existencia normal se mueve entre dos aguas. Por un lado, la concepción que lo reduce a la economía de subsistencia. Y por el otro, la economía global competitiva en la cual la economía de subsistencia no es un parámetro fundamental. Se aprecia así, a fin de cuentas, que, por ejemplo, la conexión entre derecho económico y existencia normal, más allá del Convenio, es un referente vacío de contenido y sujeto al poder económico del más fuerte. Quizá no por casualidad se ha hablado del Convenio 169 como una nueva “ley de la selva”.⁴³

5. *Los límites de la consulta previa o los límites reales del derecho económico*

El Convenio 169 en su artículo 15.2 se refiere a dos aspectos fundamentales relacionados con los territorios que habitan los pueblos indígenas. Por un lado, la decisión del Estado de explotar dichas tierras debido a la existencia de recursos naturales, y, por otro lado, el procedimiento de la consulta con el fin de que dicha explotación no sea perjudicial para estos pueblos. Se trata de una disposición que no ha sido cumplida debido a la tendencia estatal y global de obtener recursos minerales para diversos tipos de industrias, desde la petrolera hasta la tecnológica.⁴⁴

en condiciones equitativas en el mercado, que es precisamente el contexto donde se han puesto de relieve sus vulnerabilidades.

⁴² Enríquez, David, “El derecho internacional económico. Apuntes para una crítica contemporánea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 271.

⁴³ Por ejemplo, si bien Peter Larsen no trata de un modo explícito la cuestión de los derechos económicos, hace énfasis en la persistencia de las desigualdades, en las dificultades estructurales de la implementación del Convenio 169 y en la presencia de una cultura neoliberal. En sus comentarios finales se plantea la pregunta “¿De qué manera contribuye el Convenio 169 de la OIT al dilema postcolonial de los pueblos indígenas y al desarrollo bajo leyes internacionales?” (Larsen, “La nueva ley...”, *cit.*, p. 15).

⁴⁴ Orellana, Marcos A, “Pueblos indígenas, minería y derecho internacional”, England, International Institute for Environment and Development (IIED), 2002; Wilhelmi, Marco Aparico, “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas”, *Revista de Antropología Social*, núm. 24, 2015, pp. 127-147; ONU, Declaración de Fin de Misión de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz al finalizar su visita a Ecuador, (2018), disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23864&LangID=S>.

Puede observarse en el mencionado artículo que la consulta a los pueblos indígenas no les da derecho a impedir la intervención y el deterioro de sus tierras. Tan sólo se dice que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados”.⁴⁵ De tal modo que el derecho a ser consultado, si se sigue al pie de la letra este artículo, se convierte al fin y al cabo en una notificación, pues no se establece la posibilidad de que la consulta pueda impedir la decisión de explotar un territorio.⁴⁶

En el citado artículo se señala que “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”.⁴⁷ En este caso, habría que hacer énfasis en la expresión “siempre que sea posible”, que permite pensar precisamente en la posibilidad de que los pueblos indígenas no terminen siendo beneficiarios, sino más bien afectados por dichas actividades. No es casual que al final del artículo se diga que dichos pueblos, en el caso de que sean perjudicados, deberán “percibir una indemnización equitativa”.⁴⁸ Se puede afirmar que esta disposición final del artículo corresponde a un hecho cumplido o a un hecho por cumplirse, tal como lo demuestran las diversas experiencias que han existido.⁴⁹

6. *El derecho al empleo: un problema económico y social*

Uno de los aspectos que más le compete a la Organización Internacional del Trabajo es la necesidad de lograr acuerdos sobre el derecho al empleo y al logro de las mejores condiciones que ello supone. No obstante, en el

⁴⁵ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...* cit; artículo 15.2, pp. 37 y 38.

⁴⁶ Rodríguez Garavito, César y Morris, Meghan (dir.), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, documentos, núm. 2, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009, p. 25.

⁴⁷ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 15.2, pp. 37 y 38.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Courtis, Christian “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 10, 2009, p. 61.

caso de los pueblos indígenas, a los cuales está dedicado el Convenio 169, paradójicamente se observa que ese es precisamente uno de los derechos más vulnerados. Ciertamente es deseable, tal como lo establece la parte III del Convenio, dedicada a la “Contratación y condiciones de empleo”, que se adopten un conjunto de medidas que permitan garantizar la protección de los trabajadores indígenas, evitar la discriminación de la que pudieran ser objeto, auspiciar el derecho de asociación, y evitar en general que estos trabajadores no queden sometidos a condiciones de desigualdad, tal como lo plantea el artículo 20.⁵⁰

No obstante, se puede sostener, sin lugar a dudas, que en atención a este aspecto medular que le compete a la OIT, se observa una notable distancia entre el discurso y la realidad, entre la disposición y los hechos, en fin, entre la buena voluntad y la historia efectiva. En este, como en otros casos, no se podría decir que la OIT ha pecado por omisión o que no ha contemplado aspectos fundamentales relacionados con la vida laboral de los indígenas. Aunque sí se podría afirmar que un derecho que puede formar parte de circuitos económicos nacionales e internacionales está sujeto mucho más a los privilegios y a los derechos de esos circuitos que a los derechos de los trabajadores indígenas.

El derecho internacional económico que toma tradicionalmente como referencia a los agentes económicos internacionales termina imponiéndose sobre las aspiraciones y las disposiciones de un convenio igualmente internacional, donde se aprecia que el tema económico está sujeto a incertidumbres que no hacen posible su cumplimiento, debido, por ejemplo, al notable peso que tiene la tendencia a la informalidad laboral.⁵¹ Tal como se ha dicho antes, aparece aquí la contradicción o la superposición de derechos internacionales que benefician a unos actores y perjudican a comunidades que terminan mostrando sus debilidades y su condición de agentes pasivos, incluso bajo los términos del propio derecho que busca ampararlos.

Es cierto que en la parte VII, artículo 32 del Convenio “Contactos y cooperación a través de las fronteras” se señala que los gobiernos deben brindar a los pueblos indígenas la oportunidad de desarrollar los contactos y

⁵⁰ OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169...*, cit., artículo 20.1.2.3.4, pp. 44-48.

⁵¹ Sobre el peso del trabajo informal en Ecuador, véase Bonilla-Jurado, Diego, “El derecho al empleo informal y sus implicaciones socio-económicas en la economía ecuatoriana”, *Pro Sciences: Revista de Producción, Ciencias e Investigación*, vol. 3, núm. 27, 2019. p. 42.

la cooperación internacional desde lo económico hasta lo social y espiritual. Sin embargo, esta breve disposición del Convenio, que podría considerarse como un paso favorable de apertura hacia la economía y la cultura transnacional, puede ser vista como una amenaza en la medida en que los contactos y la cooperación supongan un desarrollo extremadamente desigual que haga imposible impedir una relación de supremacía y tutelaje proveniente del ámbito económico internacional.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A esta altura del análisis del Convenio se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el significado y alcance del derecho económico de los pueblos indígenas está ligado a la experiencia de la economía de subsistencia y a los vínculos tradicionales que dichos pueblos han mantenido con la naturaleza. A propósito de esto, es posible plantear un problema significativo sobre dichos pueblos a la luz del Convenio 169. Es cierto que se ha planteado de un modo categórico la necesidad de respetar sus tradiciones y costumbres materiales y espirituales, especialmente en atención al valor central que se le atribuye al vínculo armónico y de respeto a la naturaleza. Se trata de una reivindicación cultural que tiende a reconocer la identidad y la autodeterminación de los pueblos indígenas considerados incluso como naciones dentro del Estado. Frente a la tendencia asimilacionista del Convenio 107, la OIT ha procurado promover la autonomía integral de los pueblos indígenas.

Sin embargo, el problema que se observa con las disposiciones vigentes de la OIT es que no está claramente contemplado un aspecto fundamental de la vida de los pueblos, de cualquier pueblo, relacionado con un desarrollo económico tal que impida caer en niveles de pobreza y de deterioro tal como los que han afectado a la población indígena. En el Convenio se hace mención de la “importancia de un desarrollo sostenido y equitativo”.⁵² No obstante, no se contemplan las orientaciones ni las medidas para que ello sea así. Se trata de una omisión de mucha importancia debido a que en la época de la aprobación del Convenio y de sus respectivas ratificaciones posteriores, por ejemplo, en 2007, la economía seguía estando determinada cada vez

⁵² OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio núm. 169... cit.*, artículo 23.2, p. 52.

más por el capitalismo global que supone un uso masivo de los recursos naturales, de tecnologías cada vez más sofisticadas al servicio de un sistema industrial y financiero extraño a las concepciones tradicionales que históricamente han cultivado los pueblos indígenas.⁵³

Aparece entonces así, en el Convenio 169, una suerte de contradicción relativa a la protección de la economía de estos pueblos, pues si en definitiva el criterio fundamental es el de la subsistencia, la esperanza de la sostenibilidad y la equidad en el contexto del Estado-nación y de la globalización de la economía, más que protección, daría lugar al aislamiento, el deterioro y la desigualdad, tal como, por ejemplo, en el caso ecuatoriano de finales del siglo XX, lo muestra Luciano Martínez.⁵⁴ No se pretende decir que esta haya sido la intención del Convenio 169 en atención a los derechos económicos, pero los hechos demuestran que esta visión limitada de dichos derechos no está alejada de la experiencia que efectivamente ha tenido lugar en la historia de los pueblos indígenas. Cabría señalar que en la jurisprudencia nacional e internacional referida a los derechos económicos de los pueblos indígenas con base al Convenio 169 de la OIT, se aprecia que el enfoque de dichos derechos tiende a expresar lo establecido por el Convenio, sin que haya lugar para observaciones sobre las limitaciones que ha tenido dicho instrumento para una concepción más dinámica y protagónica de los pueblos indígenas en este aspecto fundamental de sus derechos.⁵⁵

En suma, ante las omisiones o dificultades que se observan en atención al significado y alcance de los derechos económicos de los pueblos indígenas, tal como aparecen en el Convenio 169 de la OIT, y considerando especialmente el hecho de que particularmente en materia económica se advierte una situación histórica dilemática y contradictoria que tiene como polos la economía de subsistencia y la economía globalizada, se plantea la necesidad

⁵³ Rodríguez Mir, Javier, “Los movimientos indígenas en América Latina. Resistencias y alteridades en un mundo globalizado”, *Gazeta de Antropología*, núm.24-2, 2008, p. 5.

⁵⁴ Martínez, Luciano, “El campesino andino y la globalización a fines de siglo (una mirada sobre el caso ecuatoriano)”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm.77, 2004, pp. 25-40.

⁵⁵ Véase, al respecto, OIT, Organización Internacional del Trabajo, *La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758297.pdf.

de reexaminar y replantear la cuestión de la economía tal como ha sido concebida en el derecho internacional referido a los pueblos indígenas, con el fin de explorar vías y mecanismos que impidan el deterioro y la tendencia a la pobreza, sin que ello necesariamente suponga menoscabar el conjunto de derechos que históricamente tienen los pueblos indígenas en atención a su identidad, su autonomía y su autodeterminación frente al Estado-nación y a las tendencias económicas y culturales de la globalización.

Se plantea, en definitiva, la necesidad de que el Convenio 169 de la OIT sea reformulado en atención al carácter sustantivo y a su vez progresivo que han de tener los derechos económicos de los pueblos indígenas. Ello supone, en principio, hacer valer dos aspectos fundamentales. Por un lado, hacer énfasis en la autonomía y en la autodeterminación de los pueblos indígenas de tal modo que la economía no sea vista tan sólo como medio de subsistencia, y, por otro lado, poner de relieve que la sustentabilidad económica de dichos pueblos debe ser garantizada en el contexto cada vez más expansivo y agresivo de la economía global. En el fondo, se trata de asumir el reto de que los ajustes a la normativa existente sean un marco claro y categórico de orientación para que los mismos pueblos indígenas sean los principales protagonistas en la tarea de erradicar la pobreza que han venido padeciendo hasta hoy.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, Ileana *et al.*, *Autonomía indígena frente al Estado-nación y a la globalización neoliberal*, Quito, Abya-Yala, 2005.
- ALWYN OYARZÚN, José *et al.*, *El TTP y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*, Lima, IWGIA, 2016.
- AYLWIN, José y TAMBURINI, Leonardo, *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014.
- BANCO MUNDIAL, *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*, Washington, D. C., Banco Mundial, Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO, Banco Mundial, 2015, disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/zh/541651467999959129/pdf/Latinoam%C3%A9rica-ind%C3%ADgena-en-el-siglo-XXI-primera-d%C3%A9cada.pdf>.

- BENGOA, José, “Potencialidades y limitaciones del derecho internacional sobre (o de) los pueblos indígenas”, *Revista Antropologías del Sur*, 2017, vol. 4, núm. 7, disponible en: <https://doi.org/10.25074/rantros.v4i7.795>.
- BONILLA-JURADO, Diego *et al.*, “El derecho al empleo informal y sus implicaciones socio-económicas en la economía ecuatoriana”. *Pro Sciences: Revista de Producción, Ciencias e Investigación*, vol. 3, núm. 27, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.29018/issn.2588-1000vol3iss27.2019pp38-49>.
- BURCHARDT, Hans-Jürgen, “El neoextractivismo en el siglo XXI. Qué podemos aprender del ciclo de desarrollo más reciente en América Latina”, en BURCHARDT, Hans-Jürgen *et al.* (eds.), *nada dura para siempre: neoextractivismo tras el boom de las materias primas*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- CALÍ TSAY, José Francisco, “Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación”, en AYLWIN, José y TAMBURINI, Leonardo, *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014.
- CARRILLO GARCÍA, Germán, “Triple revolución en Ecuador. Contradicciones de la economía política frente a la construcción de un Estado social”, *AREAS. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 39, 2019, disponible en: <https://doi:10.6018/areas.408451>.
- Constitución de la República del Ecuador [Const], 20 de octubre, 2008, disponible en: <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-06/CONSTITUCION%202008.pdf>.
- Constitución de la República de Bolivia [Const], 7 de febrero de 2009, disponible en: <https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>.
- COURTIS, Christian, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm.10, 2009.
- ENRÍQUEZ, David, “El derecho internacional económico. Apuntes para una crítica contemporánea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/154>.
- GUERRERO JAREÑO, Rocío, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989 (núm. 169), *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rld_eadapt/article/view/790/1005.

- ITURRALDE GUERRERO, Diego A., “Demandas indígenas y reforma legal: retos y paradojas”, *Alteridades*, vol. 7, núm. 14, 1997.
- ITURRALDE GUERRERO, Diego A., “Pueblos indígenas, derechos económicos sociales y culturales, y discriminación”, *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, UNAM, 2002, vol. 39, núm. 38.
- MARTÍNEZ GODOY, Diego, “Entre economía social y economía popular: confusiones y desaciertos políticos en el «Ecuador del Buen Vivir»”. *Eutopía. Revista de desarrollo económico territorial*, núm. 7, 2015, disponible en: <http://doi:10.17141/eutopia.7.2015.1669>.
- MARTÍNEZ, Luciano, “El campesino andino y la globalización a fines de siglo (una mirada sobre el caso ecuatoriano)”, *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 77, 2004, disponible en: <http://doi.org/10.18352/erlacs.9676>.
- MARX, Karl, *El capital*, Madrid, Akal, 2000.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y MORRIS, Meghan (dirs.), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, documentos, núm. 2, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009.
- NOEJOVICH, Héctor, “La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes”, *Derecho PUCP*, núm. 56), 2003, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10603>.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 107 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales, (1957), disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, *La aplicación del Convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*, Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758297.pdf.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales*, edición conmemorativa, Lima, OIT, 2014.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos indígenas y tribales, Fuentes de información*, Lima, 2016, núm. 12.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de la OIT. Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, Suiza, Ediciones OIT, disponible en: <https://www.ilo.org/>

wcmp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf.

ONU, Asamblea Nacional de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996, Resolución 2200 A (XXI), disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ceschr.aspx>.

ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf.

ONU, Declaración de Fin de Misión de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz al finalizar su visita a Ecuador, 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23864&LangID=S>.

ORELLANA, Marcos A., “Pueblos indígenas, minería y derecho internacional”, England, International Institute for Environment and Development (IIED), 2002, disponible en: <https://pubs.iied.org/pdfs/G00530.pdf>.

PONTE IGLESIAS, María Teresa, “Los pueblos indígenas ante el derecho internacional”. *Agenda Internacional*, vol. 10, núm. 20, 2004, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8304>.

RODRÍGUEZ MIR, Javier, “Los movimientos indígenas en América Latina. Resistencias y alteridades en un mundo globalizado”, *Gazeta de Antropología*, núm. 24-2, 2008, disponible en: <http://hdl.handle.net/10481/6928>.

SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.

SOSA SANTOS, Boaventura de, “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, en SOSA SANTOS, Boaventura de y MENESES, María Paula (eds.), *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Madrid, Akal, 2014.

UNCETA, Koldo, “Desarrollo alternativo, alternativas al desarrollo y buen vivir: elementos para el debate”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 128, 2015.

VARIOS AUTORES, *Alianza de organizaciones por los derechos humanos, verdad, justicia y reparación. Informe de verificación sobre DDHH. Paro nacional y levantamiento indígena*, Quito, INRED, 2019, disponible en: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_final_alianza_%202019_oct.pdf.

WILHELMI, Marco Aparicio, “Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas”, *Revista de Antropología Social*, núm. 24, 2015.
WRAY ESPINOSA, Alberto, “Justicia indígena: sus límites constitucionales”, *Iuris Dictio*, vol. 3, núm. 6, 2002, disponible en: <https://doi.org/10.18272/iu.v3i6.579>.

**El nuevo estatus jurídico del *ius cogens*,
reflexiones en torno a los informes
de la Comisión de Derecho Internacional**

***The New Legal Status of Jus Cogens, Reflections
on the Reports of the International
Law Commission***

***Le nouveau statut juridique du ius cogens,
réflexions sur les rapports de la Commission
du Droit International***

Víctor Manuel **Rojas Amandi***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo histórico del concepto ius cogens*. III. *Naturaleza jurídica del ius cogens*. IV. *Criterios para la identificación de las normas de ius cogens*. V. *Consecuencias jurídicas que se derivan de las normas de ius cogens*. VI. *El caso del ius cogens regional*. VII. *La lista ilustrativa de las normas de ius cogens*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

* Universidad Autónoma de Tlaxcala, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0130-704X>, rojasamandi@hotmail.com.

Artículo recibido el 28 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 343-389
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El presente artículo examina la importancia del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en el desarrollo del concepto del *ius cogens*, el cual inició con su inclusión en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En un segundo momento, la Comisión, con base en un análisis de la práctica internacional, ha definido en cuatro informes la naturaleza del *ius cogens*, los requisitos para considerar una norma internacional como tal, sus consecuencias jurídicas y una lista ilustrativa de estas normas. De esta forma, la Comisión de Derecho Internacional ha hecho una contribución útil al desarrollo progresivo del derecho internacional público.

Palabras clave: *ius cogens*, normas imperativas de derecho internacional público, obligaciones *erga omnes*, Comisión de Derecho Internacional.

ABSTRACT: This article examines the importance of the work of the International Law Commission in the development of the concept of *ius cogens*, which began with its inclusion in articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Furthermore, the Commission, based on an analysis of international practice, has defined, in four different reports, the nature of *ius cogens*, the requirements to endorse an international norm as such, its legal consequences, and an illustrative list of these statutes. In this way, the International Law Commission has made useful contributions to the progressive development of Public International Law.

Key words: *ius cogens*, peremptory norms of general international law, obligation *erga omnes*, International Law Commission.

RÉSUMÉ: Cet article examine l'importance du travail de la Commission du droit international dans le développement du concept de *ius cogens*, le quel est né avec sa propre inclusion dans les articles 53 et 64 de la Convention sur le Droit des Traités. Ensuite, en analysant la pratique internationale de son usage, ladite Commission a défini, au cours de quatre rapports, la nature du *ius cogens*, les conditions pour la considérer comme une norme internationale de plein droit, les conséquences juridiques qui en dérivent, en donnant aussi une liste de normes de ce type. En conclusion, la Commission du Droit International a fait une contribution utile au développement progressif du Droit Public International.

Mots-clés: *ius cogens*, norme impérative du droit international general, droits *erga omnes*, Commission du Droit International.

I. INTRODUCCIÓN

Ya han quedado atrás los días en que el concepto del *ius cogens*, no obstante su gran prestigio,¹ fuera considerado como uno de los más misteriosos² del derecho internacional público y definido como un “fantasma sin sangre ni huesos... sin contenido que le dé sentido, sin reglas de procedimiento que le dé vida, sin relación con el derecho positivo”.³ Hoy, en cambio, se entiende bajo dicho concepto al conjunto de normas imperativas del derecho internacional general,⁴ jerárquicamente superiores y universalmente aplicables, cuyo bien jurídicamente protegido son los valores fundamentales de la comunidad internacional.

En efecto, desde la década de los noventa, fue tal la práctica de los Estados, la cantidad y calidad de las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales y las abundantes reflexiones teóricas⁵ sobre el *ius cogens*, que llevaron a la Comisión de Derecho Internacional —la Comisión— a que en su 3257a. sesión del 67o. periodo de sesiones, que tuvo lugar el

¹ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 27; Gómez Robledo, Antonio, “Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, pp. 9-218.

² Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2012, pp. 69 y 70; Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, núm. 36, 2012, p. 12.

³ Marek, Krystyna, “Contribution a l’étude du *jus cogens* en droit international”, en *Recueil d’Études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 445.

⁴ Kolb, Robert, *Théorie du ius cogens international*, Ginebra, Graduate Institute Publications, 2001, pp. 23 y ss.; Verdross, Alfred, “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, *The American Journal of International Law*, vol. 60, 1966, p. 55; Tomuschat, Christian, “The security council and *jus cogens*”, en Cannizzaro, Enzo (comp.), *The present and future of jus cogens*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2015, p. 19; Magallona, Merlin M., “The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties”, *Philippine Law Journal*, vol. 51, núm. 5, 1976, p. 521; Alexidze, Levan, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, vol. 172, 1981, p. 245; Rohr, Aldana, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, p. 5.

⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), núm. 10 (A/71/10), párrafo 113, p. 323.

27 de mayo de 2015, incluyera en su programa de trabajo el tema del *ius cogens* y a que se nombrara relator del tema al comisionado Dire Tladi.⁶ De esto tomó nota la Asamblea General en su Resolución 70/236 del 23 de diciembre 2015. A partir de esta fecha, la Comisión emitió cuatro informes sobre el *ius cogens*.⁷

En el presente artículo se llevará a cabo una recapitulación de la contribución que hace la Comisión en sus cuatro informes, sistematizando sus contenidos, fuentes y argumentos, con el propósito de demostrar que, en la actualidad, el concepto de *ius cogens* se integra por un verdadero conjunto de normas internacionales con contenido, procedimientos y consecuencias jurídicas concretas de derecho internacional público. Siguiendo el enfoque metodológico que adoptaron los informes de la Comisión,⁸ en el presente artículo se abordarán, además de la historia del desarrollo del concepto, cinco temas fundamentales: la naturaleza del concepto de *ius cogens*, los requisitos que debe cumplir una norma para llegar a ser parte del *ius cogens*, las consecuencias de los efectos jurídicos del *ius cogens*, el caso del denominado *ius cogens* regional, así como la lista ilustrativa de casos.⁹

⁶ *Ibidem*, párrafo 286.

⁷ CDI, “Primer informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/693 (Primer Informe); CDI, “Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/706 (Segundo Informe); CDI, “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/714 (Tercer Informe); CDI, “Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/727 (Cuarto Informe); véase también: Anexo del Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), pp. 295-304.

⁸ Primer Informe, *cit.*, párrafo 12, p. 7.

⁹ Originalmente, la Comisión eliminó la enumeración de casos del texto de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, incluyéndolos sólo en el comentario del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, basándose en que “la mención de algunos casos... podría originar, aunque su redacción fuese muy cuidada, errores de interpretación en cuanto a la actitud concerniente a otros casos no mencionados. El relativo a la elaboración de una lista ilustrativa de *ius cogens* fue postergado por falta de consenso entre los Estados”. Anuario de la CDI, 1963, vol. II. Asimismo, en el Primer Informe se insistió que “una lista ilustrativa podría tener el efecto de desdibujar la naturaleza del tema, orientado fundamentalmente al proceso, al desviar el debate hacia las condiciones jurídicas de normas concretas...”. Primer Informe, *cit.*, párrafo 16, p. 8; Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), *cit.*, párrafo 13, p. 301. Sin embargo, en el Tercer Informe se estableció que los miembros de la Comisión y los Estados señalaron la conveniencia de que en el Cuarto Informe se incluyera

II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO *IUS COGENS*

La noción de *ius cogens* fue desconocida en el derecho romano clásico.¹⁰ Su origen se remonta a la escuela de los pandectistas alemanes de los siglos XVIII y XIX.¹¹ Sin embargo, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, el *ius cogens* se encontraba apoyado por una escasa práctica de los Estados y de los tribunales internacionales. La teoría había dedicado más esfuerzos a su definición que a la catalogación de los derechos concretos que lo integraban,¹² por lo que no se contaba con los presupuestos necesarios para su aplicación.¹³

Para 1969, la gran mayoría de los Estados era de la idea de que las normas de *ius cogens* formaban parte del derecho internacional público, por lo que no resultó una sorpresa que se le codificara¹⁴ en los artículos 53¹⁵ y 64

la propuesta sobre las reglas para la realización de la lista, lo que finalmente se hizo. Tercer informe, *cit.*, párrafo 162, p. 75.

¹⁰ En el Digesto —50, 17, 82— el término sólo aparece una sola vez y se le usa en un sentido diferente en la definición de la donación: “*donari videtur, quod nullo iure cogen te conceditur*”. Domat, Jean, *Les Lois Civiles Dans Leur Ordre Naturel: Le Droit Public Et “Legum Delectus”*, París, Nabu Press, 2011, t. I, p. 182.

¹¹ Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public: avec mention de la pratique internationale et suisse*, 2a. ed., Ginebra, Georg, 1967, t. 1, p. 28; Onuf, Nicholas y Birney, Richard K., *Peremptory norms of international law: their source, function and future*, *Denver Journal of International Law and Policy*, 1974, pp. 187-198.

¹² Scheuner, Ulrich, “Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967, pp. 524-526.

¹³ Fue hasta 1934 que Walther Schücking, juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Oscar Chinn* rechazó la aplicación de un contrato por ser contrario al orden público internacional. Sentencia del 12 de diciembre de 1934, núm. 63, pp. 149 y 150.

¹⁴ Schwelb, Egon, “Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission”, *The American Journal of International Law*, vol. 61, núm. 4, 1967, pp. 949 y ss.; Barberis, Julio A., “La liberté de traiter des Etats et le *jus cogens*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1970, pp. 37 y ss.; Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967, p. 81; Friedmann, Wolfgang, “The changing dimensions of international law”, *Columbia Law Review*, vol. 62, núm. 7, 1962, p. 1160.

¹⁵ Como se puede apreciar, la expresión *ius cogens* fue eliminada del texto del artículo pese a que fue mantenida en su título. Ello obedece a que despertó dudas acerca del impreciso contenido de su concepto, el que aparentemente resultaría más concreto expresado a través de los términos “norma imperativa de derecho internacional general”.

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁶ En efecto, con su reglamentación en un instrumento vinculante,¹⁷ se dimensionó por vez primera en la praxis del derecho internacional público la hasta entonces noción meramente académica del *ius cogens*,¹⁸ dotándola de un contenido

¹⁶ En 1949, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, comenzó su labor tendente a lograr la codificación del derecho de los tratados. A excepción del primer relator especial (J. L. Brierly), los posteriores (Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock) introdujeron gradualmente en sus informes la idea de la ilicitud de los tratados que violan normas imperativas y el papel que jugaban las normas de *ius cogens* en el derecho de los tratados. En el proyecto de artículos de 1966 se previó una regulación de las normas de *ius cogens* en los artículos 50, 61 y 67. Presentado el proyecto de la Comisión a la Asamblea y analizadas las observaciones de los Estados sobre el mismo, se pudo comprobar que la mayoría de ellos aceptaban los lineamientos estructurados sobre las normas de *ius cogens*, reclamando algunos conceptos y mayor precisión para facilitar su funcionamiento práctico. Sólo Luxemburgo se opuso abiertamente a la inclusión de disposiciones de este tipo, argumentando que no podía hablarse de criterios superiores al acuerdo de los Estados y que la noción implicaba un factor de incertidumbre y confusión. La Comisión señaló que "...sólo un gobierno discute la existencia de normas de *ius cogens*, y es difícil no reconocer su existencia, por ello llega a la conclusión de que en la codificación del derecho de los tratados debía partir de que existen...". Georg Schwarzenberger hizo valer una aguda crítica contra la introducción del concepto del *ius cogens* en el proyecto; sin embargo, se vio obligado a aceptar la existencia de "estándares de civilización" internacionales. De cualquier forma, este tratado ha sido el punto de partida de cualquier análisis teórico o práctico del *ius cogens*. Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), párrafo 7, p. 298; Schwarzenberger, Georg, "International *ius cogens*?", *Texas Law Review*, 1965, pp. 455 y ss. En contra: Virally, Michel, "Reflexions sur le *ius cogens*", *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 5 y ss.; Abello, Galvis, Ricardo, "Introducción al estudio de las normas del *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional", *Universitas*, núm. 123, 2011, pp. 75-104; Schwelb, Egon, *op. cit.*, pp. 946-975; artículos 37 y 45 del *Anuario de la CDI*, vol. II, 1963, pp. 231 y 246.

¹⁷ La propia Comisión, por su parte, debió reconocer las dificultades para establecer un concepto preciso del *ius cogens* y definir un catálogo de este tipo de normas, presentando a la Conferencia un proyecto que no estableció el contenido de aquél sino simplemente sus caracteres y efectos. La Conferencia, integrada por los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas y por otros invitados especiales, fue la encargada de redactar la Convención sobre dichas bases, reuniéndose para ello en dos periodos de sesiones que culminaron en 1969. Fue así como en un periodo de veinte años la noción de *ius cogens* fue acogida progresivamente en los textos que se sucedieron, perfilando y desarrollando así sus caracteres y funcionamiento a la vez que evidenciando dudas y dificultades que quedaron pendientes de resolución. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1966, artículos 50, 61, 67; De Visscher, Charles, *Positivisme et jus cogens*, París, Editions Pedone, 1971, t. 75, pp. 5 y ss.

¹⁸ En algunas decisiones internacionales anteriores a la vigencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se llegó a mencionar la existencia de normas de derecho

jurídico claro y, de esta forma, se sentaron las bases para el abandono de su uso como una mera “arma retórica”.¹⁹ Esto, no obstante que la Convención de Viena no precisó el proceso por el que una norma de derecho internacional general se vuelve imperativa, ni tampoco la manera en que se deben identificar ese tipo de normas.²⁰

La codificación del *ius cogens* en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados orientó y promovió su práctica tanto judicial internacional como a nivel estatal.²¹ Desde la iniciación de la vigencia de la mencionada Convención, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia expresa en once ocasiones a dicho concepto,²² además de que en 78 votos particulares de sus jueces se hizo mención del mismo. Asimismo, en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional para Rwanda, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de diferentes tribunales nacionales, se han llegado a reconocer obligaciones a cargo de las autoridades nacionales derivadas de normas de *ius cogens*.²³ En la práctica internacional de los Estados también se recurre con frecuencia al argumento del *ius cogens*, tanto ante el Consejo de Seguridad como ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin que Estado alguno haya cuestionado a este tipo de normas como parte del derecho internacional públi-

imperativo en el derecho internacional público. Este fue el caso de: Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg, *Caso Krupp et al.*, sentencia del 31 de julio de 1948; *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under control council, The Krupp case*, Washington, United States, Government Printing Office, 1950, núm. 10, vol. IX, p. 1395; en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, *Caso del Canal de Corfú*, sentencia del 9 de abril de 1949, p. 22; en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre “Reservas a la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio” de 28 de mayo de 1951, p. 23; y en la sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia, “Case concerning Barcelona Traction, light and power company, limited (Second Phase)”, ICJ Reports 1970, p. 3; (1970) ICJ Rep 3, 5 de febrero de 1970, pp. 31 y 32; Viegas, Vera Lucía, “*Ius cogens* e o tema da nulidade de los tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 36, núm. 144, 1999, p. 183.

¹⁹ Magallona, Merlin M., *op. cit.*, pp. 521-523; Christenson, Gordon A., “*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, 1987-1988, pp. 585-590.

²⁰ Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), *cit.*, párrafo 9, p. 298.

²¹ *Ibidem*, párrafo 106, p. 321.

²² Primer Informe, *cit.*, p. 46.

²³ *Ibidem*, párrafos 45, 46 y 47, pp. 27 y 28.

co.²⁴ También, tanto en los trabajos de estos órganos de la Organización como en los de la Comisión se suele utilizar el concepto de *ius cogens* como fundamento de sus resoluciones.²⁵

Para 1993, el miembro de la Comisión, Andreas Jacovides, solicitó la inclusión del tema del *ius cogens* dentro de las materias que deberían analizarse por dicho órgano, en razón de que no habían "...surgido normas autorizadas para determinar el contenido exacto del *ius cogens* o el proceso mediante el cual las normas jurídicas internacionales pueden alcanzar la calidad de imperativas".²⁶ Sin embargo, el grupo de trabajo estimó que, sobre las normas del *ius cogens*, aún no existía una práctica de los Estados ni suficiente jurisprudencia de los tribunales internacionales que permitieran estudiar el tema de los requisitos, el contenido, las consecuencias jurídicas o el de sus relaciones con otras normas del derecho internacional.²⁷ Hubo que esperar hasta que la Comisión, finalmente, en su 67o. periodo de sesiones de 2015 decidiera incluir en su programa de trabajo el tema del *ius cogens*.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL *IUS COGENS*

No obstante que en la doctrina aún se plantean objeciones en contra del *ius cogens*,²⁸ la práctica nacional e internacional muestran que, actualmente, existe el pleno convencimiento de que este tipo de normas forman parte del derecho internacional público.²⁹

²⁴ Orakhelashvili, Alexander, "UN Security Council-interpretation of Security Council Resolutions-*ius cogens*-freedom from arbitrary deprivation of liberty-detention of individuals under human rights law and humanitarian law", *The American Journal of International Law*, t. 102, núm. 2, 2008, p. 232; Primer Informe, *cit.*, párrafo 48, pp. 31 y 32.

²⁵ Primer Informe..., *cit.*, párrafo 48, p. 32.

²⁶ Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10)..., *cit.*, párrafos 3 y 5, p. 296.

²⁷ Sin embargo, para ese entonces la Comisión ya había emitido el documento intitulado "Guía de la práctica sobre las reservas de los tratados", que en los comentarios 3.1.5.4 y 4.4.3. abordaba el tema de los efectos del *ius cogens* en la permisibilidad y las consecuencias de las reservas. *Ibidem*, párrafos 4 y 6, p. 296.

²⁸ Kolb, Robert, *Peremptory international law-jus cogens: a general inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 15-22; Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Toronto, Oxford University Press, 2006, pp. 23-27 y 32-35.

²⁹ Kadelbach, Stefan, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, p. 65; Linderfalk, Ulf, "The effect of *jus cogens* norms: whoever opened pandora's box, did you ever

La Comisión ha concluido que, si se analiza la práctica internacional, ninguna de las dos teorías que se han utilizado como fundamento teórico del carácter imperativo del *ius cogens*, el iusnaturalismo³⁰ o el derecho positivo,³¹ resultan por sí mismas del todo satisfactorias. Así como el iusnaturalismo es incapaz de dar cuenta del contenido de las normas de *ius cogens*, la teoría del derecho positivo no alcanza cuando se debe justificar el fundamento de las fuentes —el comportamiento, la voluntad o el orden público— de las obligaciones internacionales.³² La diversidad del fundamento teórico de *ius cogens* se reproduce en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en los votos particulares de sus jueces. Lo mismo sucede en la jurisprudencia de otras cortes internacionales, tales como la del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia³³ o la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁴ De esta forma, el fundamento de la imperatividad de las normas

think about the consequences?”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2008, pp. 853 y ss.

³⁰ Para los iusnaturalistas clásicos, como Tomás de Aquino, Vitoria, Suárez, Grocio, Wolff o Vattel, existía un derecho necesario de superior jerarquía que el derecho positivo. Verdross, Alfred, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg, Rombach & Co., 1973, pp. 50-54; Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public: avec mention de la pratique internationale et suisse*, 2a. ed., Ginebra, Georg, 1967, t. 1, pp. 3-20; Parker, Karen y Neylon, Lyn Beth, “*Jus cogens*: compelling the Law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 1989, p. 432.

³¹ Para los positivistas dominó el voluntarismo, lo que los llevó a defender la naturaleza dispositiva de las normas internacionales. Autores como Von Liszt, Francois, Morelli, Moreno Quintana y Bollini Shaw o Reuter objetaron la existencia de normas imperativas. Moreno Quintana, Lucio M., *Tratado de derecho internacional*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963, pp. 45 y 46; Morelli, Gaetano, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Brill, 1956, t. I, p. 462; Moreno Quintana, Lucio Manuel y Bollini Shaw, Carlos, *Derecho internacional público: sistema nacional de derecho y política internacional: metodología, estructura internacional, organización de las relaciones internacionales*, Buenos Aires, Librería del Colegio, 1950, p. 64; Reuter, Paul, *Derecho internacional público*, trad. de José Puente Egido, Madrid, Bosch, 1962, p. 567; Guardia, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1997, pp. 74 y ss.

³² Primer Informe, *cit.*, párrafos. 56 y 59, pp. 38-41.

³³ Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, “Prosecutor v. Stanislav Galić”, caso IT-98-29-T, 5 de diciembre de 2003, pp. 37 y 38, párrafo 98; Pinto, Mónica, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en Gutiérrez Posse, Hortensia (comp.), *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 21.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, sentencia del 26 de noviembre de 2013, párrafo 112; CIDH, *Caso Mendoza y otros vs.*

de *ius cogens* se ha encontrado, no sin ciertas deficiencias, tanto en la supremacía de las normas de derecho natural que se justifican por su particular contenido ético con base en una filosofía de los valores³⁵ como en el necesario consentimiento de los Estados de la normativa internacional, el que es la regla de reconocimiento del derecho positivo internacional.³⁶

IV. CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

De acuerdo con los trabajos de la Comisión, para determinar los criterios característicos de las normas de *ius cogens*, incluso en temas diferentes a los del derecho de los tratados,³⁷ en la praxis³⁸ y en la doctrina³⁹ internacio-

Argentina, sentencia del 14 de mayo de 2013, párrafo 199; CIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 99; CIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia del 24 de octubre de 2012, párrafo 225; CIDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 79; CIDH, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia del 24 de septiembre de 2009, párrafo 5.

³⁵ Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms...*, *cit.*, pp. 37 y 38; Danilenko, Gennady M., *Law-making in the international community*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 211; Thirlway, Hugh, *The sources of international law*, Nueva York-Oxford, Foundations of Public International Law, 2014, p. 155.

³⁶ Criddle, Evan J. y Fox-Decent, Evan, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34, 2009, pp. 339 y 342.

³⁷ Quispe Remón, Florabel, “Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, p. 151; Weatherall, Thomas, *Jus cogens. International Law and Social Contract*, Washington D. C., Cambridge University Press, 2015, p. 6.

³⁸ ICJ, “Legality of the threat or use of nuclear weapons in armed conflict - Advisory opinion of 8 July 1996”, Advisory opinions (1996) ICJ 2; ICJ Reports 1996, p. 66, párrafo 83; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor vs. Furundžija”, *cit.*, párrafo 155; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “The Prosecutor v. Goran Jelisić”, caso IT-95-10-T, 14 de diciembre 1999, párrafo 60. Véase, también, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995.

³⁹ Wet, Erika de, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en Shelton, Dinah (comp.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Dinah Shelton, 2013, p. 542; Knuchel, Sévrine, *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*, Zürich, Schulthess, 2015, t. 342, p. 19; Linderfalk, Ulf, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016, p. 52; Kadelbach, Stefan, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016, p. 166; Anexo del Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10)... , *cit.*, párrafo 7.

nales se suele recurrir al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁴⁰ en tanto que para precisar el contenido y alcance jurídico de dicha disposición se considera la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacionales.⁴¹

En términos de lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son tres los criterios que ha identificado la Comisión como propios de una norma de *ius cogens*: 1) que “es una norma de derecho internacional general”;⁴² 2) que “no admite acuerdo en contrario”,⁴³ y 3) que “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”.⁴⁴

Adicionalmente a los elementos explícitos previstos en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la doctrina y la práctica judicial internacional y la de los Estados suelen identificar como elementos implícitos del *ius cogens* la inderogabilidad,⁴⁵ la aplicación universal,⁴⁶

⁴⁰ Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), *cit.*, párrafo 15, p. 302.

⁴¹ Segundo informe, *cit.*, párrafo 32.

⁴² Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional...*, *cit.*, p. 96; véase el caso chileno: CAS, Reyes y otros con Fisco (2007, rol núm. 3508-2002) considerando 2o., Valencia con Fisco de Chile (2007, rol núm. 3595-2002) considerando 2o.

⁴³ Acosta-López, Juana Inés y Duque-Vallejo, Ana María, “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*?”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 12, 2008.

⁴⁴ Primer Informe, *cit.*, párrafo 61, p. 41.

⁴⁵ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 168; Kolb, Robert, *Peremptory international law...*, *cit.*, p. 2; Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 60; Christófolo, João E., *Solving antinomies between peremptory norms in public international law*, Zürich, Schulthess, 2016, p. 125; Costello, Cathryn y Foster, Michelle, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, en Den Heijer, Maarten y Van der Wilt, Harmen (comp.), *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2015, p. 280; Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms...*, *cit.*, p. 73; Janis, Mark W., “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1988, p. 359; Alexidze, Levan, *op. cit.*; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Zoran Kupreškić *et al.*”, caso IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párrafo 520; ICJ, “Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)”, sentencia del 14 de junio de 1993, ICJ Reports 1993, p. 38, párrafo 135. En México, véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejecutoria en el “Amparo directo en revisión 5465/2014” del 26 de abril de 2017, p. 38, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 365.

⁴⁶ ICJ, “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, ICJ Reports 1986, sentencia del 27 de junio de 1986,

su superior jerarquía normativa⁴⁷ y que las mismas tienen como propósito proteger el orden público internacional.⁴⁸

pp. 14 y ss., párrafo 190; “Reservations to the Convention on Genocide”, opinión consultiva, p. 23; opinión separada del juez Moreno Quintana en: ICJ, “Application of the Convention of 1902 governing the guardian ship of infants (Netherlands v. Sweden)”, 28 de noviembre de 1958, ICJ Reports 1958, pp. 55, 106 y 107; CIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, pp. 3 y 4, párrafos 4 y 5; Tribunal Federal Supremo de Suiza, “Youssef Nada C. Secretaría de Estado de Asuntos Económicos y Departamento Federal de Asuntos Económicos”, sentencia del 14 de noviembre de 2007, caso 1A 45/2007, párrafo 7; U.S. Court of Appeals, Second Circuit, “Smith v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya”, 101 F.3d 239, 1996, p. 242; Conklin, William E., “The peremptory norms of the international community”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3, 2012, pp. 837 y ss.; Rozakis, Christos, *The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdam, New York-Oxford, 1976, p. 78; Gaja, Giorgio, “*Jus cogens* Beyond the Law of Treaties”, *Recueil de Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Leiden, Boston, 1981, t. 172, pp. 271, 283 y ss.; Hannikainen, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law; historical development, criteria, present status*, Helsinki, Finnish Lawyers’ Pub. Co., 1988; Alexidze, Levan, *op. cit.*, p. 246; Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms...*, *cit.*, p. 40; Saul, Matthew, “Identifying *jus cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2014, p. 31; Rohr, Aldana, *op. cit.*, p. 6; Dubois, Dan, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, núm. 2, 2009, p. 135.

⁴⁷ Den Heijer, Maarten, Van der Wilt, Harmen, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016; *Anuario de la CDI*, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2006, párrafos 33 y 34; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Vidoje Blagojević Dragan Jokić”, caso IT-02-60, 17 de enero de 2005, párrafos 639; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, caso IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, párrafos 139 y 153; Danilenko, Genady, “International *jus cogens*: issues of law-making”, *The European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1, 1991; Conklin, William E., *op. cit.*, p. 838; Whiteman, Marjorie, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2, 1977, p. 609, y Janis, Mark W., *op. cit.*, p. 360; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Al-Adsani v. Reino Unido”, sentencia del 21 de noviembre de 2001, párrafos 30 y 60, citando al International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, *op. cit.*, párrafo 1, de la opinión disidente conjunta de los magistrados Rozakis y Caflisch en el caso Al-Adsani. Véase, también, ECtHR, “Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland”, sentencia del 21 de junio de 2016, opinión concurrente del juez Pinto de Albuquerque, acompañada por los jueces Hajiyev, Pejchal y Dedov, p. 94, párrafo 34; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 62/02, caso 12.285, “Fondo Michael Domingues v. Estados Unidos”, 22 de octubre de 2002, párrafo 49.

Los criterios explícitos muestran la manera en que funciona el consentimiento de los Estados para quedar obligados por las normas de *ius cogens*. Si bien es cierto que su contenido no puede hacerse nugatorio por acuerdo en contrario,⁴⁹ también lo es que su validez presupone la aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional. El consentimiento de la aceptación y reconocimiento debe cumplir dos requisitos fundamentales. Por una parte, debe presentarse en dos momentos: en primer lugar, cuando se trata de normas consuetudinarias, como aceptación del contenido de la norma —*opinio iuris sive necessitates*— o, en su caso, como reconocimiento de un principio general del derecho; en segundo lugar, como aceptación de su carácter de *ius cogens* —*opinio iuris cogenitis*—;⁵⁰ por la otra, dicho consentimiento respecto a la imperatividad e inderogabilidad de la norma se debe manifestar de manera necesaria en una relación multilateral y universal,⁵¹ y no en una mera relación bilateral o regional.⁵²

En razón de que las normas de *ius cogens* son inderogables cuando las mismas son normas de costumbre internacional, en contra de su validez no se puede hacer valer la doctrina del objetor persistente.⁵³ Por su parte, la obligatoriedad universal de las mismas descarta la validez regional de ellas.⁵⁴

⁴⁸ CIDH, *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 216; CIDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia del 29 de mayo de 2014, párrafo 197; CIDH, *Caso Duque vs. Colombia*, sentencia del 26 de febrero de 2016, párrafo 91. CDI, Primer Informe, *cit.*, párrafo 63, p. 42.

⁴⁹ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ Costello, Cathryn y Foster, Michelle, *op. cit.*, p. 10; Hameed, Asif, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84, núm. 1, 2014, pp. 52, 62 y ss.; Christenson, Gordon A., *op. cit.*, pp. 585, 593 y ss.; Bartsch, Kerstin y Elberling, Björn, “*Jus cogens* vs. State immunity, round two: the decision of the European Court of Human Rights in Kalogeropoulou *et al.* v. Greece and Germany decision”, *German Law Journal*, vol. 4, núm. 5, 2003, pp. 477, 485 y ss.

⁵¹ Pellet, Alain, “The Normative Dilemma: will and consent in international law-making”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1989, pp. 22 y ss.

⁵² Koskenniemi, Martti, *From apology to utopia: the structure of legal argument: reissue with new epilogue*, Cambridge University Press, 2006, pp. 307 y ss.

⁵³ Primer Informe, *cit.*, párrafo 67, p. 45; Criddle, Evan J. y Fox-Decent, Evan, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁴ Primer Informe, *cit.*, párrafo 67, p. 46; Czapliński, Władysław, “*Jus cogens* and the law of treaties”, en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (eds.), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, Holanda, Martinus Nijhoff, 2005, p. 93; Kolb, Robert, *Peremptory international law...*, *cit.*, p. 98; Forteau, Mathias, “Re-

Asimismo, la superior jerarquía normativa de las normas de *ius cogens*,⁵⁵ la que es producto de la fuerza jurídica aumentada que se deriva de su inderogabilidad por el acuerdo en contrario y de la que deriva su capacidad para anular a otras normas internacionales,⁵⁶ fundamenta su primacía,⁵⁷ en caso de concurrencias normativas, frente a otro tipo de normas internacionales.⁵⁸ Finalmente, su valor como normas de orden público se infiere del hecho de que su contenido tiene como propósito proteger los valores fundamentales⁵⁹ de la comunidad internacional⁶⁰ por relacionarse con los principios básicos de la humanidad y de la moralidad.⁶¹

gional International Law”, en Rudiger Wolfrum (comp.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Max Planck für Völkerrecht und Rechtsvergleichung, 2006.

⁵⁵ Cassese, Antonio, “For an Enhanced Role of *ius cogens*”, en Cassese, Antonio, (coord.), *Realizing utopia: the future of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 159; Kleinlein, Thomas, “*Jus cogens* as the highest law? Peremptory norms and legal hierarchies”, en Den Heijer, Maarten, Van der Wilt, Harmen (comp.), *Netherlands Yearbook...*, cit., pp. 173-210; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, cit.; voto en disidencia del magistrado Al Khasawneh: ICJ, “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)”, judgment (2002), ICJ Reports 2002, p. 3, sentencia del 14 de febrero de 2002, p. 3, párrafo 7. Véase, también, la declaración de los Países Bajos, núm. A/C.6/68/SR.25, 2 de diciembre de 2013, párrafo 101.

⁵⁶ Véase: voto disidente del magistrado Weeramantry, en ICJ, “Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)”, ICJ Reports 1991, sentencia del 12 de noviembre de 1991, pp. 53, 55 y ss.

⁵⁷ Véase voto disidente del juez Fernandes, en ICJ, “Case Concerning Right of Passage over Indian Territories (Portugal v. India)”, sentencia del 12 de abril de 1960, ICJ Reports 1960, p. 6, párrafo 29.

⁵⁸ Primer Informe, cit., párrafo 69, p. 47.

⁵⁹ Petsche, Markus, “*Jus cogens* as a vision of the international legal order”, *Penn State International Law Review*, vol. 29, núm. 2, 2010, pp. 258 y ss.; Christenson, Gordon A., op. cit., pp. 585-648; Bartos, Milan, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 1, part. 1, 1966, p. 39; Kolb, Robert, *Peremptory international law - jus cogens*, cit., p. 32. Algunas cortes de los Estados Unidos han llamado la atención sobre esta característica. Así, por ejemplo: Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, “Siderman de Blake v. Republic of Argentina”, 1992, p. 715; United States District Court, case “Estate of Hernandez-Rojas v. United States”, 2013, pp. 9 y 14; Doe I v. Reddy, 2003 US District, Lexis 26120 (ND Cal 2003); opinión del magistrado McKeown, en United States Court of Appeals, Ninth Circuit, “Alvarez-Machain v. U. S.”, 2003; opinión disidente del magistrado Pregerson, en United States Court of Appeals, Ninth Circuit, “Sarei v. Rio Tinto, PLC”, 2010, p. 778. En otros países, sus tribunales superiores han coincidido en la importancia de los valores que incorporan las normas del *ius cogens*: Supreme Court of Canada, “Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran”, 2014, caso 35034, párrafo 151; el Tribunal Constitucional del Perú, “sentencia del

1. Contenido y alcance jurídico de los criterios

Según el segundo informe de la Comisión, para la doctrina y la práctica internacionales, una norma de derecho internacional general es una norma imperativa del sistema jurídico internacional, ya sea del derecho internacional consuetudinario⁶² o como principio general del de-

Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú”, del 21 de marzo de 2011, párrafo 53; el Tribunal Supremo de la República de Filipinas, “Bayan Muna, as represented by Rep. Satur Ocampo *et al.* v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary *et al.*”, 2011, caso 159618; la Corte Suprema de Justicia de Argentina: “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, caso 259, sentencia del 24 de agosto de 2004; Constitutional Court of South Africa, “Samuel Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa *et al.*”, caso (A/CN.4/506), p. 169.

⁶⁰ Kolb, Robert, *Peremptory international law...*, *cit.*, pp. 32 y 482; Gangl, Walter T., “The *jus cogens* dimensions of nuclear technology”, *Cornell International Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1980; ICJ, “Legality of the threat or use of nuclear weapons”, *cit.*, párrafo 83; opinión separada del juez Moreno Quintana, *op. cit.*, p. 106; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, *cit.*, párrafos 153 y 154; voto en disidencia del magistrado Cançado Trindade, en ICJ, “Jurisdictional immunities of the State (Alemania v. Italia)”, ICJ Reports 2012, p. 99, párrafo 143; Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, “Siderman De Blake v. Republic of Argentina”, sentencia del 22 de mayo de 1992, p. 715; ICJ, “Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, ICJ Reports (2007), sentencia del 26 de febrero de 2007, p. 46, párrafos 42 y 160; ICJ, “Judgment in a Case on the Application of the Convention on Genocide”, ICJ Reports 2015, sentencia del 3 de febrero de 2015, p. 3, párrafo 87; CIDH, Informe 62/02, caso 12.285, “Fondo Michael Domingues Estados Unidos”, 22 de octubre de 2002; Asimismo, existen múltiples declaraciones de Estados en el mismo sentido: Alemania (A/C.6/55/SR.14, párrafo 56); Italia (A/C.6/56/SR.13, párrafo 15); México (A/C.6/56/SR.14, párrafo 13); Portugal (A/C.6/56/SR.14, párrafo 66).

⁶¹ Primer Informe..., *cit.*, párrafos 70 y 71, p. 48.

⁶² Segundo Informe, *cit.*, párrafo 91, pp. 43 y 44. En la doctrina son varios los autores que ven a la costumbre internacional como la fuente habitual de las normas de *jus cogens*. Así, por ejemplo: Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 86; Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 164; Cahin, Gérard, “La coutume internationale et les organisations internationales: l’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier”, *Revue générale de droit international public*, París, 2001, núm. 52, p. 615; Rivier, Raphaële, *Droit international public*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2013, p. 566; Cassese, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 199; Christófolo, João E., *op. cit.*, p. 115; Janis, Mark W., *op. cit.*, p. 361. En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia también se ha llegado a compartir dicho enfoque: ICJ, “Questions relating to the obligation to prosecute extradite (Belgium v. Senegal)”, ICJ Reports 2012, sentencia del 20 de julio de 2012, p. 22, párrafo 99; ICJ, “Case

recho,⁶³ que es obligatoria de manera general entre los Estados,⁶⁴ que no admite acuerdo en contrario,⁶⁵ cuya aplicación no puede ser suspendida por normas especiales,⁶⁶ que sólo puede ser sustituida por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carác-

concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), *cit.*, párrafo 190; ICJ, “Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, *cit.*, p. 161. En otros tribunales internacionales se ha seguido la misma línea jurisprudencial; de esta forma lo ha hecho el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Delalić *et al.*”, caso IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párrafo 454; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, *cit.*, párrafo 153; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “The Prosecutor v. Goran Jelisić”, *cit.*; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Zdravko Tolimir”, caso IT-05-88/2-T, 12 de diciembre de 2012, párrafo 733.

⁶³ Segundo informe, *cit.*, párrafo 91, p. 44. En la doctrina se encuentran suficientes opiniones en este sentido: Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 52; Shelton, Dinah, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, párrafos 30-34; Cançado Trindade, Antônio Augusto, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, *XXXV Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro, 2008, p. 27; Weatherall, Thomas, *op. cit.*, p. 133; Kleinlein, Thomas, *op. cit.*, p. 195; Conklin, William E., *op. cit.*, p. 840; Dajani, Omar M., “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 1, 2012, p. 60; Bianchi, Andrea, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 2008, p. 493; Nieto-Navia, Rafael, “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, en Chand Vorah, Lal y Pocar, Fausto *et al.* (comps.), *Man’s inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya, Brill Nijhoff, 2003, pp. 613-615; Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms...*, *cit.*, p. 126; Santalla Vargas, Elizabeth, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 214. En Chile: *CAS contra Burgos y otros*, 2006, 24471-2005, considerando 15o. a 17o.; *CAS contra Pinochet y otros*, 2007, 6083-2006, considerando 11o.; *CAS Quiñones con Fisco de Chile*, 2010, 7816-2009, considerando 10, *Ortiz con Fisco de Chile*, 2009, 7985-2007, considerando 8o.; *Antoine con Fisco de Chile*, 2008, 217-2005, considerando 9o.

⁶⁴ Virally, Michel, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁶⁵ Segundo informe, *cit.*, párrafo 91, p. 43; Verdross, Alfred, “Forbidden treaties in international law: comments on professor Garner’s report on «The law of treaties»”, *The American Journal of International Law*, vol. 31, núm. 4, 1937, pp. 571 y ss. Asimismo, Alfred Verdross, siendo miembro de la CDI, publicó un nuevo artículo sobre el tema, comentado los proyectos de codificación en estudio, exponiendo sus puntos de vista y contestando a la crítica de Georg Schwarzenberger: Verdross, Alfred, “*Jus dispositivum* and *jus cogens*”, *op. cit.*; Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pp. 276 y 292-294.

⁶⁶ ICJ, “North sea continental shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)”, sentencia del 20 de febrero de 1969, ICJ Reports 1968, pp. 5 y ss., párrafo 72; Segundo informe, *op. cit.*, párrafo 42, p. 20.

ter⁶⁷ y que es aceptada y reconocida como tal por la comunidad de Estados en su conjunto,⁶⁸ por tener como objetivo la protección de los valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto.⁶⁹

La inclusión en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de los verbos “aceptar” y “reconocer”, obedeció al propósito deliberado de reproducir las expresiones utilizadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual se sirve del primero de ellos en su literal b) al referirse a la costumbre, y del segundo en los literales a) y c) al mencionar a las convenciones y a los principios generales de derecho. Dichos verbos aluden, así, a las fuentes de las que puede emanar el *ius cogens*.⁷⁰

Para la doctrina y las prácticas internacionales,⁷¹ la aceptación y el reconocimiento no otorgan un derecho de veto a los Estados y basta con que una gran mayoría de éstos lo consientan para que se entienda que una norma de derecho internacional general forma parte del *ius cogens*,⁷² toda vez que a los mismos se les considera como una comunidad⁷³ o colectivo y no como un simple agregado de unidades individuales.⁷⁴

⁶⁷ Weisburd, Mark, “The emptiness of the concept of *jus cogens* as illustrated by the war in Bosnia-Herzegovina”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1995, pp. 1-51; artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Saco Chung, Víctor, “*Ius cogens* ¿si supieras lo que se dice de ti!: develando los límites de las normas imperativas en derecho internacional”, *Revista Foro Jurídico*, núm. 10, 2010, pp. 186 y 187, y CDI, Primer Informe, *cit.*, párrafo 74, p. 50.

⁶⁸ Expresiones de Mustafá Yaseen en su carácter de presidente del Comité de Redacción, refiriéndose a la opinión de éste. Naciones Unidas, “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados”, Primer periodo de Sesiones, actas resumidas, p. 519.

⁶⁹ Segundo informe, *cit.*, párrafo 74, p. 50; Kolb, Robert, “The formal source of *jus cogens* in public international law”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 53, 1998, pp. 69-105; Scelle, Georges, “Essai sur les sources formelles du droit international”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. III, p. 400.

⁷⁰ Simma, Bruno y Alston, Philip, “The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, 1988, pp. 81-108.

⁷¹ ICJ, “Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)”, *op. cit.*, p. 422, párrafo 99; Corte Penal Internacional, “The Prosecutor v. Germain Katanga”, decisión sobre la solicitud de puesta en libertad provisional de los testigos detenidos, de 10. de octubre de 2013.

⁷² Segundo informe, *cit.*, párrafo 91, p. 44.

⁷³ Karakoulian, Emi, “The idea of the international community in the history of international law”, *Journal of International Legal History*, vol. 2, núm. 1, 2003, p. 590; A/C.6/71/SR.27, párrafo 9; A/CN.4/SR.3322, p. 3.

Las normas del *ius cogens* son fundamentalmente normas de derecho de costumbre internacional. De esta forma, cuando éste es el caso, cuentan con dos elementos fundamentales: *la opinio iuris cogens*, esto es, por una parte, la convicción de la existencia de la obligación de carácter imperativo y, por la otra, una práctica generalmente aceptada como un sistema de normas jurídicas imperativas.⁷⁵

Las normas convencionales, dada su aplicabilidad sólo entre las partes, si bien no pueden llegar a ser por sí mismas normas del derecho internacional general,⁷⁶ ni ser fuente de normas de *ius cogens*,⁷⁷ sí en cambio, son aptas para reglamentar una norma de derecho internacional general con carácter de *ius cogens*.⁷⁸

La universalidad de las normas del *ius cogens* deriva del hecho que los mandamientos, prohibiciones o permisiones que prescriben implican obligaciones *erga omnes*⁷⁹ cuyo incumplimiento afecta a todos los Esta-

⁷⁴ Segundo informe, *cit.*, párrafo 67, p. 32; Wet, Erika de, *op. cit.*, p. 543; Christófolo, João E., *op. cit.*, p. 125.

⁷⁵ Segundo informe, *cit.*, párrafo 91, p. 44.

⁷⁶ Barberis, Julio A., *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, Platense, 1973, p. 85; Segundo informe..., *cit.*, párrafo 55, p. 26.

⁷⁷ ICJ, "Questions relating to the obligation to prosecute or extradite, (Belgium v. Senegal)", *cit.*, párrafo 144; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, "Prosecutor v. Furundžija", *cit.*, párrafos 144 y 153; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, "Prosecutor v. Zdravko Tolimir", *cit.*, párrafo 733; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, "Prosecutor v. Radovan Karadžić", caso IT-95-5/18-T, 24 de marzo de 2016, párrafo 539; CIDH, *Caso de la masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia del 24 de noviembre de 2009.

⁷⁸ Segundo informe, *cit.*, párrafo 59, p. 29 y párrafo 91, p. 44; ICJ, "North sea continental shelf cases", *cit.*, párrafos 61-74; CIDH, *Caso de la masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*; Verdross, Alfred, *Die Quellen des universellen Völkerrechts...*, *cit.*, p. 59; Frowein, Jochen A., "Ius cogens", en Wolfrum, Rudiger (comp.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012; Paust, Jordan, "The reality of *jus cogens*", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, 1991, pp. 82 y 83; Weatherall, Thomas, *op. cit.*, p. 125; Orakhelashvili, Alexander, "Audience and authority - the merit of the doctrine of *jus cogens*", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 124; Criddle, Evan J. y Fox-Decent, Evan, *op. cit.*, p. 341; Gallant, Kenneth S., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 401 y 402.

⁷⁹ Cherif Bassiouni, Mahmoud, "International crimes: *jus cogens* and obligation *erga omnes*", en Joyner, Christopher C. et al. (comp.), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights: proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 september 1998*, Toulouse, Èrès, 1998, pp. 133-148; Byers, Michael, "Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules", *Nordic Journal of International Law*, núm. 66, 1997, pp.

dos⁸⁰ y que se hacen exigibles frente a cualquiera de ellos.⁸¹ Si bien es cierto que se ha llegado a afirmar que no todas las obligaciones *erga omnes* se encuentran previstas en normas de *ius cogens* y que más bien todas las normas de *ius cogens* implican obligaciones *erga omnes*,⁸² el rasgo distintivo esencial consiste en que mientras que la denominación “*ius cogens*” hace referencia a los ámbitos material, espacial, personal y temporal de la norma, por su parte, el calificativo “*erga omnes*” de una obligación se refiere a las consecuencias jurídicas de una norma respecto al destinatario.⁸³

La mayor jerarquía que existe entre las normas imperativas sobre las dispositivas en el derecho internacional público se basa no sólo en la imposibilidad de derogación, sino también en su típica formación y en la especial naturaleza de su contenido. Solamente así podemos hablar de normas generales de derecho internacional imperativas y de *ius cogens* como sinónimos.

211-239; Cançado Trindade, Antônio Augusto y Pacheco G., Máximo, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 379-429; Simma, Bruno, “Bilateralism and community interest in the law of State responsibility”, en Dinstein, Yoram (comp.), *International law at a time of perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 825 y 828; Ragazzi, Maurizio, *The concept of international obligations erga omnes*, Clarendon Press, 1997, pp. 58 y ss.; Kadelbach, Stefan, “*Ius cogens*, obligations *erga omnes* and other rules - The identification of fundamental norms”, en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (comp.), *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 26; Juste Ruiz, José, “Las obligaciones «*erga omnes*» en derecho internacional público”, *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, t. 1, p. 224; Zenovic, Predrag, “Human rights enforcement via peremptory norms - a challenge to state sovereignty”, *RGSJ Research papers*, 2012, núm. 6, p. 41.

⁸⁰ CDI, Tercer informe..., *cit.*, párrafo 160, p. 73.

⁸¹ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 171; ICJ, “Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)”, ICJ Reports 1995, sentencia del 30 de junio de 1995, pp. 90, 102, párrafo 29; ICJ, “Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia v. Serbia)”, sentencia del 3 de febrero de 2015, ICJ Reports 2015, p. 3; Opinión de la República Checa y de Burkina Faso en el cuadragésimo noveno periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU A/C.6/49/SR.26, párrafo 19; A/C.6/54/SR.26), disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/714>.

⁸² Villalpando, Santiago, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des états*, Genève, Gradutae Institute Publications, 2005, p. 107; Forrest Martin, Francisco, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002, p. 353.

⁸³ CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafos 109 y 110, p. 44; Pellet, Alain, “Conclusions”, en Tomuschat, Christian y Thouvenin, Jean-Marc (eds.), *op. cit.*, p. 418.

2. La prueba de la existencia de las normas de *ius cogens*

La prueba idónea para la demostración de la existencia de normas del *ius cogens* sería la de cualquier documento pertinente para incorporar las manifestaciones de la voluntad de los Estados válidas en el derecho internacional público y que sirva para evidenciar que los Estados colectivamente aceptan y reconocen que una norma de derecho internacional general no admite acuerdo en contrario.⁸⁴ En particular, se trata de documentos oficiales, como tratados,⁸⁵ resoluciones de organizaciones internacionales o leyes nacionales, pero también de declaraciones públicas hechas en nombre del Estado, de las publicaciones oficiales, de los dictámenes gubernamentales, de la correspondencia diplomática, de las decisiones de los tribunales internacionales,⁸⁶ los materiales de la Comi-

⁸⁴ Segundo informe..., *cit.*, párrafo 91, p. 44.

⁸⁵ ICJ, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)” Second Phase, *cit.*, párrafo 34.

⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia se ha referido a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para justificar la existencia de normas de *ius cogens*: TEDH, caso “Soering c. Reino Unido”, núm. 14038/88, sentencia del 7 de julio de 1989; TEDH, caso “Cruz Varas y otros c. Suecia”, núm. 15576/89, sentencia del 20 de marzo de 1991, y TEDH, caso “Chahal c. Reino Unido”, núm. 22414/93, sentencia del 5 de noviembre de 1996; ICJ, “Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)”, *cit.*, pp. 422 y ss., párrafo 99; el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia recurrió a las opiniones de la Corte Internacional de Justicia en el caso: “Case Concerning of the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, *op. cit.*; Naciones Unidas, “Prosecutor v. Vujadin Popović *et al.*”, caso IT-05-88-T, 10 de junio de 2010, párrafo 807 (nota 2910); Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, relator especial, núm. A/CN.4/706, *op. cit.*, párrafos 81 y 83, p. 38; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Radovan Karadžić”, *cit.*, párrafo 539. Asimismo, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, caso “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, del 28 de mayo de 1951, se ha utilizado para justificar que la norma que prohíbe el genocidio es una norma de *ius cogens*: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Radovan Karadžić”, *cit.*, párrafo 539; Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, “Decision on IENG Sary’s appeal against the closing order”, caso 002, núm. D427/1/30, 30 de abril de 2011, párrafo 244; ICJ, caso “Armed activities on the territory of the Congo (new application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) (provisional measures)”, sentencia del 19 de diciembre de 2005, párrafo 66; ICJ, “Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”,

sión.⁸⁷ Todos éstos pueden servir como prueba documental para este propósito.⁸⁸ En la práctica internacional, además, como materiales de apoyo que por sí mismos no constituyen prueba plena de la aceptación y del reconocimiento, se han utilizado la doctrina,⁸⁹ algunos instrumentos de *soft law*, tales como las opiniones del Comité de Derechos Humanos,⁹⁰ la opinión del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados,⁹¹ o las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹² y del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁹³

cit.; ICJ, “Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia v. Serbia)”, 18 de noviembre de 2008, p. 412; ICJ, “Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia v. Serbia), sentencia del 3 de febrero de 2015. Segundo informe, *op. cit.*, párrafos 85 y 86, pp. 40 y 41; Jorgensen, Nina H. B., “Complicity in genocide and the duality of responsibility”, en Swart, Bert *et al.* (comps.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, USA, Oxford University Press, 2011, p. 247.

⁸⁷ La Corte Internacional de Justicia ha llegado a recurrir a los materiales de la Comisión: “Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, *cit.*; véase, también, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, comentario del artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, vol. II, 2001, p. 90, párrafo 5.

⁸⁸ Segundo informe, *cit.*, párrafo 91, p. 45.

⁸⁹ District Court, E. D. Nueva York, “Nguyen Thang Loi et al v. The Dow Chemical Company *et al.*”, *cit.*, p. 108, refiere a Cherif Bassiouni, Mahmoud, *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1999; Special Court for Sierra Leone, “Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara”, 13 de marzo de 2004, párrafo 71.

⁹⁰ Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Kenia en el caso “RM v. Attorney General & others”, respecto a la observación general núm. 18 relativa a la no discriminación, Comité de Derechos Humanos, vol. I, párrafo 1, y el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Furundžija”, *cit.*, respecto a la observación general núm. 24 del Comité de Derechos Humanos.

⁹¹ Corte Penal Internacional, “The Prosecutor v. Germain Katanga”, *cit.*, párrafo 30.

⁹² Díaz Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del derecho internacional humanitario”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, vol. 10, núm. 2, 2012, p. 286.

⁹³ CDI, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, núm. A/72/178; Lilienthal, Gary and Ahmad, Nehaluddin, “*Communis opinio* and *ius cogens*: a critical review on pro-torture law and policy argument”, *Journal of East Asia and International Law*, vol. 10, núm. 2, 2017, pp. 380 y ss.; Wet, Erika de, “The prohibition of torture as an international norm of *ius cogens* and its implications for national and customary law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2004.

La valoración de la probanza en su conjunto debe resultar idónea para demostrar que la comunidad de Estados en su conjunto acepta y reconoce que el contenido de una norma de derecho internacional general incorpora los valores fundamentales de la comunidad internacional y que, por esa razón, la misma es jerárquicamente superior y universalmente aplicable, lo que le da el carácter de norma de *ius cogens*.⁹⁴

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE SE DERIVAN DE LAS NORMAS DEL *IUS COGENS*

1. Aspectos generales

Según se desprende del segundo informe de la Comisión sobre el tema, la práctica internacional en materia de las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de las normas del *ius cogens* es escasa.⁹⁵ Sin embargo, existe un consenso en el sentido de que las normas internacionales violatorias del *ius cogens* deben considerarse nulas⁹⁶ en razón de que éstas, por su propia naturaleza, son inderogables.⁹⁷ En la praxis internacional, tanto los Estados⁹⁸

⁹⁴ Segundo informe, *cit.*, párrafos 88 y 89, pp. 42 y 43.

⁹⁵ Informe de la CDI, núm. 10 (A/69/10), *cit.*, párrafo 15, p. 302; D'Aspremont, Jean, "Jus cogens as a social construct without pedigree", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 85-114, en especial, p. 94; Shelton, Dinah, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*", *cit.*, p. 35; Kotzé, Louis J., "Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 246; Kadelbach, Stefan, *op. cit.*, pp. 147-172; Kleinlein, Thomas, *op. cit.*, pp. 173-210; Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 3; CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafo 30, p. 12.

⁹⁶ CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 71; Nicoloudis, Élie P., *La nullité de jus cogens et le développement contemporain du droit international public*, Atenas, Papazissis, 1974, vol. 1; Gaja, Giorgio, *op. cit.*, p. 282; Kawasaki, Kyoji, "A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34, 2006, pp. 27-43; Den Heijer y Van der Wilt, *op. cit.*, p. 7; Cassese, Antonio, "For an Enhanced Role of *jus cogens*", p. 158; Danilenko, Gennady M., *op. cit.*, p. 212; Kleinlein, Thomas, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁷ *Anuario de la CDI*, Tercer informe de G. G. Fitzmaurice, relator especial, "Derecho de los Tratados", núm. A/CN.4/115, 1958, vol. II, p. 28.

⁹⁸ Ese fue el caso de los Países Bajos respecto al Tratado de Múnchen del 29 de septiembre de 1938 (A/C.6/SR.781); de los Estados Unidos respecto al Tratado de Amistad entre la Unión Soviética y Afganistán —memorando del asesor jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Robert B. Owen, al secretario de Estado en funciones, Warren

como la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁹⁹ así como los tribunales internacionales,¹⁰⁰ han llegado a sostener que ciertos tratados son nulos debido a que algunas de sus cláusulas resultan incompatibles con las normas del *ius cogens*.

En términos de lo dispuesto por los artículos 53, 64 y 71 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si al momento de la celebración del tratado ya existía la norma imperativa, los efectos de la nulidad de una norma internacional que resulte violatoria de una norma del *ius cogens* son absolutos desde un inicio.¹⁰¹ En este caso, deben eliminarse todas y cada una de las consecuencias jurídicas que haya producido.¹⁰² En cambio, para el caso de que la norma imperativa surja durante la vigencia del tratado —*ius cogens superveniens*—,¹⁰³ los efectos se retrotraen exclusivamente hasta

Christopher, del 29 de diciembre de 1979—, *Digest of United States Practice in International Law*, cap. 2, párrafo 4, reproducido en Marian L. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *The American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, pp. 418-432, en especial, p. 419; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, expediente LAT-040; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995, proceso D-958.

⁹⁹ Respecto a los Acuerdos de Camp David por los que sientan las bases para la paz en Medio Oriente, del 17 de diciembre de 1978 —Resolución 33/28 A de la Asamblea General, del 7 de diciembre de 1978— por violar el principio de autodeterminación de los pueblos. CDI, tercer informe, *cit.*, párrafo 31, p. 13.

¹⁰⁰ Tribunal Especial para Sierra Leona, “Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor”, caso SCSL-2003-01-1, decisión del 31 de mayo de 2004, párrafo 53; Special Court for Sierra Leone, “Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara”, *cit.*; CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993, núm. 15.

¹⁰¹ Briggs, Herbert W., “Procedures for establishing the invalidity or termination of treaties under the International Law Commission’s 1966 draft articles on the law of treaties”, *American Journal International Law*, vol. 61, núm. 4, 1967, p. 976.

¹⁰² CDI, tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 72.

¹⁰³ La primera Corte Internacional que recurrió el concepto de *ius cogens superveniens* y aplicó el artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue la CIDH. En su sentencia, en el *Caso Aloeboetoe y otros* (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ese tribunal alegó, entre otras muchas cosas, que el Tratado de 1762, al regular el comercio de esclavos, “hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*” —CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia del 10 de septiembre de 1993, núm. 15, párrafo 57—. Posteriormente, la Corte utilizó la expresión en otros asuntos y sostuvo que han alcanzado este rango las normas que prohíben la tortura —CIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, párrafo 112— u otros tratamientos crueles, inhumanos y degradantes —CIDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*,

el momento en que nació la norma imperativa y, de ser separables del resto del tratado y no constituir una base esencial del consentimiento del tratado, sólo la norma o normas que se encuentren en contradicción con una norma imperativa terminarán sus efectos jurídicos.¹⁰⁴

2. Procedimiento

En el tercer informe de la Comisión se precisa sobre la nulidad de una norma convencional que entre en conflicto con una norma del *ius cogens*, que la misma, en ciertos casos, podría fundamentarse en la competencia de la Corte Internacional de Justicia. También sería posible que las partes sometieran el caso al arbitraje.¹⁰⁵

La regulación de las normas de *ius cogens* se encuentra prevista en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en una convención que regula el derecho de los tratados; sin embargo, es posible que la violación de normas de *ius cogens* pueda tener lugar en la práctica internacional en un contexto diferente al del cumplimiento de las normas convencionales. En términos generales, se presentan tres hipótesis en cuanto al procedimiento para hacer valer la nulidad de la norma internacional violatoria de otra norma imperativa de derecho internacional general. En primer lugar, cuando la norma violatoria es una norma con-

sentencia del 11 de marzo de 2005, párrafo 18— el principio fundamental de equidad y no discriminación —CIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 101—, así como el principio del acceso a la justicia —CIDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrafo 131. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de *ius cogens*, véase Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *ius cogens*”, en Venturini, Gabriela y Bariatti, Stefania (comps.), *Liber Fausto Pocar — Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè Editore, 2009, pp. 65-79; Quispe Remón, Florabel, “*Ius cogens* en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, núm. 34, 2010, pp. 75 y 76; Peña Pérez, Pascal, *La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del “ius cogens superveniens” como causa de terminación de tratados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, tesis, 2017.

¹⁰⁴ CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafos 36, 37 y 44, pp. 16, 17, 19 y 20, y párrafo 160, pp. 71 y 72. Cannizzaro, Enzo, “A higher law for the treaties”, en Cannizzaro, Enzo (comp.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 428.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párrafo 160, pp. 72 y 73.

vencional y los Estados involucrados son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en este caso se aplica el procedimiento de nulidad previsto por los artículos 65 y 66 de la misma. En segundo término, para el caso en que la norma violatoria sea una norma convencional y alguno de los Estados involucrados no sea parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero las reglas previstas en los artículos 65 y 66 de ésta sí formen parte del derecho internacional general, procede la aplicación del procedimiento previsto en las mismas. Finalmente, si el caso cae fuera del ámbito del derecho de los tratados regulado por los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados tienen la potestad de proceder a la declaración unilateral de la nulidad de aquellas normas violatorias de normas del *ius cogens*.¹⁰⁶

3. Efectos de las normas de *ius cogens* en la interpretación de los tratados

La interpretación de las disposiciones de los tratados es el requisito necesario para determinar el alcance de los derechos y obligaciones acordados por las partes. En razón de que éstos se deben observar de buena fe, según el principio *pacta sunt servanda* previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la nulidad de un tratado debe evitarse en la medida de lo posible.¹⁰⁷ Para este fin se debe buscar con el *ius cogens*, en vía de una interpretación conforme, lograr la compatibilidad entre las normas convencionales con las normas imperativas de derecho internacional general.¹⁰⁸ Cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, partiendo de la presunción de conformidad con el *ius cogens*, se debe preferir aquella que resulte más compatible con las normas impe-

¹⁰⁶ CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafos 45-54, pp. 20-24.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 58, p. 25.

¹⁰⁸ CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 71. Véase: ICJ, “Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)”, réplica de la reconvención presentada por la República Islámica de Irán, 10 de marzo de 1999, vol. I, pp. 164 y 165, y voto particular del juez Simma en el mismo caso, párrafo 9; Hannikainen, Lauri, *op. cit.*; Jacovides, Andrew, “Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich-London «Agreements»”, en Jacovides, Andrew (comp.), *International Law and Diplomacy*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; CDI, Tercer informe, *cit.*, párrafo 68, p. 29.

rativas del derecho internacional general.¹⁰⁹ Sólo cuando lo anterior no sea posible, se debería optar por la nulidad del tratado.¹¹⁰

4. Efectos de las normas de *ius cogens* en la formulación de reserva de los tratados

Respecto al efecto de la formulación de reservas sobre normas convencionales que incorporen normas imperativas de derecho internacional general, bien se puede decir que, en principio, conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la Guía Práctica sobre las Reservas de los Tratados,¹¹¹ la admisibilidad de las mismas depende de si son consistentes con el objeto y fin del tratado, o de si no se encuentran prohibidas por éste.¹¹² Por esto, aquellas reservas que se formulen respecto a una norma de un tratado que incorpore una norma imperativa de derecho internacional general no afectan la validez ni aplicabilidad de ésta.¹¹³ Así las cosas, “una reserva que tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria

¹⁰⁹ Véase la Resolución del Consejo de Seguridad respecto al caso de Chipre, el que parece adoptar una interpretación conforme con las normas del *ius cogens* del Tratado de Garantía entre Chipre, Grecia, Reino Unido y Turquía: Resolución 353, del 20 de julio de 1974, párrafos 1 y 3. De igual forma sucedió con la Resolución 2077 (XX) de la Asamblea General, del 18 de diciembre de 1965, párrafo 2.

¹¹⁰ Ese fue el caso con la nulidad que declaró el Tribunal General de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 10 de diciembre de 2015, núm. T512/12, párrafos 247 y 251 —respecto del Acuerdo de Colaboración en el Sector Pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, Reglamento (CE) 764/2006 del Consejo del 22 de mayo de 2006, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 141/1 del 29 de mayo de 2006—. Corell, Hans, “The legality of exploring and exploiting natural resources in Western Sahara”, en Neville Botha y Michèle Olivier *et al.*, *Multilateralism and international law with Western Sahara as a case study*, Pretoria, ver Loren van Thermaat Centre, 2008, pp. 242 y 243.

¹¹¹ Informe de la CDI, núm. 10 (A/66/10/Add.1).

¹¹² Véase: University of Minnesota, “Observación General núm. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52o. período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994)”, Comentarios generales del Comité de los Derechos Humanos, párrafo 8; Véase, también, Kleinlein, Thomas, *op. cit.*, p. 174.

¹¹³ CDI, tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 75.

a una norma imperativa de derecho internacional general... es nula”,¹¹⁴ y jurídicamente no puede excluir o modificar los efectos jurídicos de la disposición sobre la que se declara la reserva en una forma contraria a la norma de *ius cogens*.

No se debe pasar por alto que la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos, va en el sentido de que sean dicho órganos internacionales y no los Estados parte quienes detenten la competencia para ejercer el control de validez sobre las reservas que han formulado los Estados parte en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluidas las normas de *ius cogens* en esta materia. Así, la aceptación de una reserva por los Estados parte, por sí misma, no hace aceptable y jurídicamente procedente a las reservas. Para justificar esta situación se suele argumentar que, en este tipo de tratados, los Estados parte han cedido a dichos órganos internacionales la capacidad de analizar la legitimidad de las reservas y que incluso, en algunos casos, han renunciado al derecho de formular objeciones.¹¹⁵

5. Consecuencias de las normas del *ius cogens* para el derecho de la responsabilidad del Estado

Tomando como base el artículo 26 del instrumento de *soft law* Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,¹¹⁶ se puede decir que el efecto más importante del *ius cogens* sobre

¹¹⁴ *Ibidem*, párrafo 76, p. 32.

¹¹⁵ Von Heinegg, Heintschel, *CasebookVölkerrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2005, p. 99; Rodríguez Huerta, Tania Gabriela, *Tratados sobre derechos humanos, el sistema de reservas*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 49-54.

¹¹⁶ Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, artículo 47, en *Yearbook of the International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, doc. A/56/10, suplemento núm. 10, 2001, vol. II; Asamblea General, “Anexo. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión y sus comentarios se reproducen en: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2001, párrafos 76 y 77, pp. 26, 31-153; Kawasaki, Kyoji, “International *ius cogens* in the Law of State Responsibility”, en Focarelli, Carlo (comp.), *Le nuove frontiere del diritto internazionale*, Perugia, Morlacchi Editore, 2008, 145-165; Crawford, James, *The*

la responsabilidad del Estado¹¹⁷ consiste en impedir la invocación de las circunstancias que excluyen la ilicitud de una conducta violatoria de las normas imperativas de derecho internacional general, a menos que la norma de *ius cogens* surja después de la comisión del acto.¹¹⁸ Asimismo, la no observancia de las normas del *ius cogens* crea efectos jurídicos frente a terceros Estados (artículo 41, párrafo 2), los que quedan obligados a invocar la responsabilidad del Estado infractor, a cooperar¹¹⁹ por cualquier medio lícito¹²⁰ para poner fin a violaciones¹²¹ graves¹²² y sistemáticas de una norma de *ius cogens*

International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 315 y ss.; Dominicé, Christian, "The international responsibility of States for breach of multilateral obligations", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 358 y 359; Hoogh, André de, *Obligations erga omnes and international crimes: a theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, The Hague, Kluwer International Law, 1996, pp. 58 y ss.; Cebada Romero, Alicia, "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002; Crawford, James, "Revising the draft articles on State responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, p. 442; Dupuy, Pierre-Marie, "Implications of the institutionalization of international crimes of States", en Weiler, Joseph, *International crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*, Berlín, Walter de Gruyter, 1989, pp. 170-185; Pellet, Alain, "Can a State commit a crime? Definitely yes!", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 425-434.

¹¹⁷ En contra de que las violaciones a las normas del *ius cogens* den lugar a la responsabilidad del Estado: Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 180, y Costelloe, Daniel, *Legal consequences of peremptory norms in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 185 y 186.

¹¹⁸ Tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 73.

¹¹⁹ Así lo expresó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la construcción del muro: "Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory", opinión consultiva del 9 de julio de 2004, párrafo 159; Espaliú Berdud, Carlos, "El *ius cogens*, ¿salió del garaje?", *Revista española de derecho internacional*, vol. 67, núm. 1, 2015, pp. 93-121.

¹²⁰ Tercer informe..., *cit.*, párrafo 93, p. 39.

¹²¹ Así lo ha precisado la CIDH en *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 160.

¹²² A guisa de ejemplo se puede señalar que la CIDH calificó como grave la desaparición forzada de personas cuando forma parte de una pauta persistente y sistemática o tolerada por el Estado: CIDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *cit.*, párrafo 84. También, la Corte Internacional de Justicia, ha distinguido entre formas graves del uso de la fuerza de otras menos graves: "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)", *cit.*, párrafo 191.

(artículos 40 y 41),¹²³ así como a no reconocer las situaciones creadas por las mismas¹²⁴ y a omitir asistir al violador para mantener la vulneración de la norma imperativa.¹²⁵

6. Otros efectos de las normas del *ius cogens*

En el “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”¹²⁶ de la Comisión se mencionan cuatro efectos adicionales. En el primer caso, respecto a “la responsabilidad penal internacional en el derecho penal internacional”, el efecto tiene que ver con el ejercicio de la jurisdicción universal a efecto de que los tribunales nacionales juzguen delitos que se encuentren previstos en normas de *ius cogens*, cuando las conductas internacionalmente ilícitas sean cometidas por nacionales del Estado o en el territorio de éste.¹²⁷

Por cuanto hace a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general sobre la inmunidad de los Estados y funcionarios,¹²⁸ se

¹²³ Tercer informe..., *cit.*, párrafo 160, p. 74.

¹²⁴ Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el caso “Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding security council resolution 276 (1970)”, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, pp. 16 y ss., párrafos 52 y 83; ICJ, “Legal Consequences of the Construction of a Wall”, *cit.*, párrafos 122 y 155; ICJ, caso “(Ethiopia v. South Africa; Liberia vs. South Africa)” (Segunda Fase), sentencia del 18 de julio de 1966, p. 6. La Resolución del Consejo de Seguridad sobre el caso Namibia va en el mismo sentido: Resolución 276, del 30 de enero de 1970, párrafos 2 y 3. La Resolución de la Asamblea General sobre el mismo caso insistió en exigir la cooperación por parte de los Estados miembros de la ONU para asistir y cooperar en la empresa de “...poner fin a la ocupación ilegal...”: Resolución 2145 (XXI) “Cuestión del África Sudoccidental”, del 27 de octubre de 1966, párrafo 9.

¹²⁵ Tercer informe, *cit.*, párrafo 101, p. 43, y párrafo 160, p. 174.

¹²⁶ *Ibidem*, párrafo 112, p. 46.

¹²⁷ *Ibidem*, párrafos 47-52, pp. 46-52, y párrafo 160, p. 74.

¹²⁸ Potestà, Michele, “State Immunity and *ius cogens* violations: the Alien Tort Statute against the backdrop of the latest developments in the Law of Nations”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2010, pp. 571-587; Weatherall, Thomas, “*Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, núm. 4, 2016, pp. 1152-1182; Briggs, Adrian, “The principle of comity in private international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2011, t. 354; Abrisketa, Joana, “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán

puede mencionar que las normas que regulan crímenes de *ius cogens*¹²⁹ excluyen la aplicabilidad de la inmunidad en razón de la materia.¹³⁰

El tercer caso consiste en los efectos de las normas de *ius cogens* en la competencia de los tribunales internacionales.¹³¹ Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la sola fundamentación de una demanda en presuntas violaciones a normas de *ius cogens* no es suficiente, por sí misma, para constituir una base para su competencia.¹³² Para que el

y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 19-47; Cour d’appel de l’Ontario, case “Bouzari c. République islamique d’Iran”, 2004, vol. 243, p. 406; *ILR*, vol. 128, p. 586, Polonia (Natoniewski, Cour suprême, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299, Eslovenia (arrêt de la Cour constitutionnelle en l’affaire no Up-13/99), Nueva Zelanda [Fang c. Jiang, Haute Cour, 2007, NZAR, p. 420; *ILR*, vol. 141, p. 702 y de Grecia (Margellos, Tribunal supérieurspécial, *ILR*, vol. 129, p. 525.

¹²⁹ Tribunal Constitucional de Hungría, 53/1993 del 13 octubre de 1993, parte V, párrafo 1; United Kingdom House of Lords Decisions, “Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet, R vs. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet”, opinión de Lord Millett, 24 de marzo de 1999; Corte Suprema de Perú, caso 104-04, del 5 de febrero de 2007.

¹³⁰ Tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 74. Artículo 7o. del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado; Informe de la CDI, núm. 10 (A/71/10); ICJ, “Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)”, *cit.*, párrafo 99; TEDH, “Al-Adsani vs. Reino Unido”, sentencia del 21 de noviembre de 2001, p. 20; United Kingdom House of Lords Decisions, “Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet...”, opinión de Lord Brown-Wilkinson, párrafo 56; United Kingdom House of Lords Decisions, “Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet...”, opiniones de Lord Hope, párrafo 196; Lord Millet, párrafos 330 y ss. Y de Lord Phillips, párrafo 366; Cassese, Antonio, “When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, pp. 870 y ss.; A. P. V., Rogers, “War crimes trials under the Royal Warrant: British Practice 1945-1949”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, núm. 4, 1990, p. 790 y ss.; Doman, Nicholas R., “Aftermath of Nuremberg: the trial of Klaus Barbie”, *University of Colorado Law Review*, vol. 60, 1989, pp. 449-469; Tribunal de Casación de Francia, Francia, Gaddafi, sentencia del 13 de marzo de 2001, núm. 00-87215; *International Law Reports*, vol. 125, 2001, p. 490, párrafo 9; Tribunal de Apelaciones de Dakar, Senegal, Haisséne Habré Request, sentencia del 25 de noviembre de 2002.

¹³¹ Tercer informe, *cit.*, párrafos 133-135, pp. 59 y 60.

¹³² ICJ, caso “Armed activities on the territory of the Congo (new application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (provisional measures)”, sentencia del 19 de diciembre de 2005, ICJ Reports 2005, p. 168, párrafo 15; ICJ, “Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia v. Serbia)...”, *cit.*, párrafo 88.

artículo 66 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pudiera fundamentar la competencia de la Corte se requeriría que mediara el consentimiento del Estado demandado en los términos del derecho internacional público.

Finalmente, la Comisión señala que los efectos de las normas de *ius cogens* sobre otras fuentes del derecho internacional público se encuentran poco definidos.¹³³ Respecto a las normas de costumbre internacional, bien se puede decir que las mismas pueden entrar en conflicto con normas imperativas de derecho internacional general. Para este caso, existen tres hipótesis posibles: en primer lugar, no existe la posibilidad que se genere una norma de costumbre internacional si entra en conflicto con una norma de *ius cogens*; en segundo término, cuando al momento de nacer una norma de *ius cogens* la misma entra en conflicto con otra de costumbre internacional, ésta dejará de existir; finalmente, en contra de la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general, no se puede hacer valer la doctrina del objetor persistente.¹³⁴ De esta forma, la superioridad jerárquica de las normas del *ius cogens* da lugar, en caso de que entre en concurrencia con una norma de costumbre internacional, a la nulidad de ésta.¹³⁵

Respecto a los actos unilaterales en forma de declaraciones y de otro tipo de comportamientos¹³⁶ que dan lugar a obligaciones internacionales, la

¹³³ Tercer informe, *cit.*, párrafo 137, p. 61.

¹³⁴ *Ibidem*, párrafo 160, p. 73.

¹³⁵ TEDH, “Al-Adsani v. Reino Unido”, sentencia del 21 de noviembre de 2001; TEDH, 2001-XI. CIDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrafos 4 y 5. Véase, también, la declaración escrita del gobierno de México acerca de la petición de una opinión consultiva presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General, Resolución 49/75K del 9 de junio de 1995, párrafo 7. Véase, asimismo, la Asamblea General, República Islámica del Irán, núm. A/C.6/68/SR.26, párrafo 4; CIDH, Informe núm. 62/02, caso 12.285, “Fondo Michael Domingues Estados Unidos”, 22 de octubre de 2002; Estados Unidos, núm. 859 F.2d 929, DC Cir. 1988, p. 940; disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/714>. Véase, también, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, “Siderman de Blake vs. Republic of Argentina”, núm. 965 F.2d 699, 22 de mayo de 1992, p. 715. Véase, además, Sabbithi v. Al Saleh, núm. 605 F. Supp. 2d 122 (D.D.C. 2009), p. 129. Reino Unido, R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs núm. [2009] 1 WLR 2579, p. 142 ii), disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/714>.

¹³⁶ Costelloe, Daniel, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

Comisión ha reconocido que su incompatibilidad con normas de *ius cogens* da lugar a la nulidad de los mismos.¹³⁷

Respecto a la incompatibilidad de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad emitidas conforme al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas con aquellas del *ius cogens*, tanto la opinión de la Comisión¹³⁸ como la de los tribunales,¹³⁹ así como la de la doctrina mayoritaria,¹⁴⁰ y la dominante de los Estados,¹⁴¹ va en el sentido de que la misma

¹³⁷ “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2006, pp. 178-83; principio rector 8; “Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2011, pp. 31-45, párrafo 18 del comentario a la directriz 3.1.5.3; Tercer informe, *cit.*, párrafo 149, p. 66 y párrafo 160, p. 73; ICJ, “Case concerning armed activities on the territory of the Congo (new application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)”, sentencia del 3 de febrero de 2006, párrafo 69; Knuchel, Sévrine, *op. cit.*, p. 160.

¹³⁸ “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2006, pp. 192-203, párrafo 251.

¹³⁹ Puppo, Alberto, “Lutte internationale contre le terrorisme, sécurité internationale et droit fondamentaux. Les pirouettes des juges européens entre creation de hiérarchies normatives improbables et sacrifice des garanties juridictionnelles les plus élémentaires”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2009, pp. 279-321. ECtHR, “Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. vs. Switzerland”, sentencia del 26 de noviembre de 2013, solicitud núm. 5809/08; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Prosecutor v. Dusko Tadic”, caso IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párrafo 296; Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, “Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas”, asunto núm. T-315/01, sentencia del 21 de septiembre de 2005, párrafo 226; ICJ, “Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) (provisional measures)”, *cit.*, p. 325; voto particular de Herrsch Lauterpacht, p. 407; Reino Unido, R. v. Secretary of State for Defence (On the Application of Al-Jedda), sentencia del 12 de diciembre de 2007, Cámara de los Lores, 2008, núm. All ER 28 (Lord Bingham); Reino Unido, R. and Justice (On the Application of Al-Jedda), sentencia del 29 de marzo de 2006, Tribunal de Apelaciones, párrafo 71; Suiza, Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, recurso administrativo, sentencia del 14 de noviembre de 2007, Tribunal Supremo Federal, párrafo 7.

¹⁴⁰ Wet, Erika de, *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004; Peters, Anne, “The Security Council, functions and powers, article 25”, en Simma, Bruno *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations: a Commentary*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 238 y ss.; Kleinlein, Thomas, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴¹ Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Provisional, “Suiza”, sesión núm. S/PV.5446, 30 de mayo de 2006; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Provisional, “Argentina y Nige-

daría lugar a la nulidad de dichas resoluciones. Precisamente, para minimizar los riesgos de la nulidad de las resoluciones del Consejo, éstas deben interpretarse con base en las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴² y de conformidad con las normas del *ius cogens*.¹⁴³

VI. EL CASO DEL *IUS COGENS* REGIONAL

A pesar de las objeciones que se hicieran valer en contra de un *ius cogens* regional, la Comisión estimó que no se debería excluir *a priori* la posibilidad de normas imperativas regionales.¹⁴⁴ En su cuarto informe, la Comisión precisó que, a pesar de que puedan existir normas generales de derecho internacional válidas para sólo ciertas regiones del planeta, la noción de un *ius cogens* regional¹⁴⁵ resulta contraria a la definición de su concepto, toda vez

ria”, sesión núm. S/PV.5474, 22 de junio de 2006; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Provisional, “Qatar”, sesión núm. S/PV.5779, 14 de noviembre de 2007; Finlandia, sexagésimo periodo de sesiones de la Asamblea General, tema 80 del programa; Irán, sexagésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General, tema 82 del programa.

¹⁴² Tladi, “Dire, Interpretation of protection of civilians mandates in United Nations Security Council Resolutions”, en Kuwali, Dan y Viljoen, Frans (comps.), *By all means necessary: Protecting civilians and preventing mass atrocities in Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017, p. 73; argumentos orales expuestos por Sudáfrica ante la Corte Penal Internacional el 7 de abril de 2017 (ICC-02/05-01.09-T-2-ENG ET WT 07-04-2017 1-92 SZ PT), p. 26, disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/714>; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, “Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area (request for advisory opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)”, caso 17, opinión consultiva del 1o. de febrero de 2011, pp. 10, 29, párrafo 60; ICJ, “Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo”, opinión consultiva del 22 de julio de 2010, ICJ Reports, pp. 403 y 442, párrafo 94.

¹⁴³ Tercer informe, *cit.*, párrafo 160, p. 73. Solicitud de inicio de las actuaciones presentadas por la República de Bosnia Herzegovina, 20 de marzo de 1993, párrafo 122, en ICJ, “Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) (provisional measures)”, *cit.*; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad Provisional, sesión núm. S/PV.3370, 27 de abril de 1994.

¹⁴⁴ Informe de la CDI, núm. 10 (A/71/10), *cit.*, párrafos 119 y 133, pp. 325 y 327.

¹⁴⁵ Puceiro Ripoll, Roberto, *Las normas de jus cogens ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?*, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf.

que, de acuerdo con la misma, se requiere la aceptación y reconocimiento de la norma imperativa por parte de toda la comunidad internacional. Además, al día de hoy, no existe una práctica internacional que permita justificar su existencia.¹⁴⁶ Esto a pesar de que han sido los tribunales regionales y, en especial, los especializados en derechos humanos los que con mayor frecuencia han aplicado las normas de *ius cogens* y, por lo mismo, han contribuido al desarrollo y formación jurisprudencial de esta fuente de derechos.

VII. LA LISTA ILUSTRATIVA DE LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

En 1966, la Comisión se había negado a introducir en el proyecto de artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una lista no exhaustiva de normas de *ius cogens*.¹⁴⁷ Medio siglo después, durante el examen del Primer y Segundo Informe sobre el *ius cogens*, la mayoría de sus miembros se manifestaron a favor de la elaboración de una lista ilustrativa.¹⁴⁸ Por su parte, la mayoría de los Estados que intervinieron, tanto en la Sexta Comisión que analizó el Informe del 66o. periodo de sesiones de la Comisión como el Informe correspondiente a 2018, también se pronunciaron en favor de la lista ilustrativa.¹⁴⁹ Asimismo, tanto los miembros de la Comisión como los Estados consideraron que sería útil señalar ejemplos de normas internacionales que, actualmente, ya pueden ser consideradas parte del *ius cogens*, sobre todo en razón de que pueden servir para mostrar la forma en que se deben aplicar los criterios que la Comisión ha identificado como idóneos para calificar una norma internacional como parte del *ius cogens*.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Cuarto informe, *cit.*, párrafos 21 y ss.

¹⁴⁷ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁸ A favor de la lista ilustrativa se manifestaron Murase-A/CN.4/SR.3314-; Cafish-A/CN.4/SR.3314-; Kittichaisaree-A/CN.4/SR.3315-; Park- A/CN.4/SR.3316-; Saboia-A/CN.4/SR.3316-; Candiotti-A/CN.4/SR.3317-; Forteau-A/CN.4/SR.3317-; Vázquez-Bermudez-A/CN.4/SR.3322-; Escobar Hernández-A/CN.4/SR.3322-; Niehaus-A/CN.4/SR.3323-; Nguyen-A/CN.4/SR.3369-; Sturma-A/CN.4/SR.3370-; Jalloh-A/CN.4/SR.3372-; Reinisch-A/CN.4/SR.3372-; GalvaoTeles. A/CN.4/SR.3373-; Oral-A/CN.4/SR.3373.

¹⁴⁹ CDI, Cuarto informe, *cit.*, párrafo 51.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 52.

Por lo anterior, la Comisión acordó incluir una lista ilustrativa de ocho normas de *ius cogens*, como sigue:

- 1) La prohibición de la agresión o el uso agresivo de la fuerza.
- 2) La prohibición del genocidio.
- 3) La prohibición de la esclavitud.
- 4) La prohibición del *apartheid* y la discriminación racial.
- 5) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad.
- 6) La prohibición de la tortura.
- 7) El derecho a la libre determinación.
- 8) Las normas básicas del derecho internacional humanitario.

VIII. CONCLUSIONES

De una consideración de los cuatro informes que emitiera la Comisión sobre el tema del *ius cogens*, se puede concluir que la inclusión de este tema en su programa de trabajo es parte de la labor que este órgano ha desarrollado sobre la evolución y desarrollo de las fuentes del derecho internacional público. Si bien es cierto que desde 1969 las normas de *ius cogens* ya habían sido definidas por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dicha disposición no definió el proceso por medio del cual una norma de derecho internacional general llega a ser imperativa, los criterios que se deben utilizar para identificar su naturaleza concreta, su funcionamiento y las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas, además de no incluir un grupo ilustrativo de normas de este tipo. En razón de que actualmente existe una práctica internacional suficiente sobre el *ius cogens* y una abundante doctrina, han existido las condiciones para que la Comisión realizara, en cuatro informes sobre el tema, una contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional público, al definir la naturaleza, los requisitos y las consecuencias de las normas de *ius cogens*, incluido su efecto jurídico sobre otras normas internacionales y al aportar una lista ilustrativa del tipo de normas internacionales que hasta el momento han adquirido el estatus de *ius cogens*. Como un resultado adicional del trabajo de la Comisión, ha quedado definitivamente descartada la existencia de un *ius cogens* regional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO GALVIS, Ricardo, “Introducción al estudio de las normas del *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional”, *Universitas*, núm. 123, 2011.
- ABRISKETA, Joana, “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, núm. 1, 2016, disponible en: <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1382/al-bashir-%C2%BFexcepcion-a-la-inmunidad-del-jefe-de-estado-de-sudan-y-cooperacion-con-la-corte-penal-internacional-.html/>.
- ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE-VALLEJO, Ana María, “Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*?”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 12, 2008, disponible en: <file:///C:/Users/victor%20Rojas/Downloads/13917-Texto%20del%20art%C3%ADculo-50163-1-10-20151014.pdf>.
- ALEXIDZE, Levan, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, vol. 172, 1981.
- BARBERIS, Julio A., “La liberté de traiter des Etats et le *jus cogens*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1970.
- BARBERIS, Julio A., *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, Platense, 1973.
- BARTSCH, Kerstin y ELBERLING, Björn, “*Jus cogens* vs. State immunity, round two: the decision of the European Court of Human Rights in Kalogeropoulou *et al.* v. Greece and Germany decision”, *German Law Journal*, vol. 4, núm. 5, 2003, disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/>.
- BIANCHI, Andrea, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 2008, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/19/3/1625.pdf>.
- BRIGGS, Adrian, “The principle of comity in private international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 354, 2011.
- BRIGGS, Herbert W., “Procedures for establishing the invalidity or termination of treaties under the International Law Commission’s 1966 draft articles on the law of treaties”, *American Journal International Law*, vol. 61, núm. 4, 1967.

- BYERS, Michael, “Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 66, 1997.
- CAHIN, Gérard, “La coutume internationale et les organisations internationales: l’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier”, París, Pedone, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, *XXXV Curso de derecho internacional*, Río de Janeiro, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto y PACHECO G., Máximo, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *jus cogens*”, en VENTURINI, Gabriela y BARIATTI, Stefania, (comps.), *Liber Fausto Pocar—Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè Editore, 2009.
- CANNIZZARO, Enzo, “A higher law for the treaties”, en CANNIZZARO, Enzo (comp.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- CASSESE, Antonio, “For an Enhanced Role of *jus cogens*”, en CASSESE, Antonio, (comp.), *Realizing utopia: the future of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CASSESE, Antonio, “When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002, disponible en: <http://ejil.org/pdfs/13/4/1564.pdf>.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CDI, Anexo del Informe, núm. 10 (A/69/10), disponible en: <https://undocs.org/en/A/69/10>.
- CDI, Anuario de la CDI, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, 2006, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>.
- CDI, “Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/727, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/727>.

- CDI, Informe, núm. 10 (A/70/10), disponible en: <https://undocs.org/es/A/70/10>.
- CDI, “Primer informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/693, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/693>.
- CDI, “Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/706, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/706>.
- CDI, “Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial”, núm. A/CN.4/714, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/714>.
- CEBADA ROMERO, Alicia, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, disponible en: <file:///C:/Users/victor%20Rojas/Downloads/Dialnet-LosConceptosDeObligacionErgaOmnesIusCogensYViolacion826738.pdf>.
- CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, “International crimes: *jus cogens* and obligations *erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.
- CHRISTENSON, Gordon A., “*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1987-1988, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/235509076.pdf>.
- CHRISTÓFOLO, João E., *Solving antinomies between peremptory norms in public international law*, Zúrich, Schulthess, 2016.
- CONKLIN, William E., “The peremptory norms of the international community”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3, 2012, disponible en: <https://academic.oup.com/ejil/article/23/3/837/399870>.
- COSTELLO, Cathryn y FOSTER, Michelle, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, núm. 46, 2015.
- COSTELLOE, Daniel, *Legal consequences of peremptory norms in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- CRAWFORD, James, “Revising the draft articles on State responsibility”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/10/2/593.pdf>.

- CRAWFORD, James, *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- CRIDDLE, Evan J. y FOX-DECENT, Evan, "A fiduciary theory of *jus cogens*", *Yale Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, 2009, disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol34/iss2/3/>.
- CZAPLIŃSKI, Władysław, "Jus cogens and the law of treaties", en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (comps.), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, Holanda, Martinus Nijhoff, 2005.
- D'ASPROMONT, Jean, "Jus cogens as a social construct without pedigree", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015.
- DAJANI, Omar M., "Contractualism in the law of treaties", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 1, 2012.
- DANILENKO, Gennady M., *Law-making in the international community*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- DANILENKO, Gennady, "International *jus cogens*: issues of law-making", *The European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1, 1991.
- DEN HEIJER, Maarten y VAN DER WILT, Harmen, "Jus cogens and the humanization and fragmentation of international law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 2016.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, "Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del derecho internacional humanitario", *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- DOMAN, Nicholas R., "Aftermath of Nuremberg: the trial of Klaus Barbie", *University of Colorado Law Review*, vol. 60, 1989.
- DOMAT, Jean, *Les Lois Civiles Dans Leur Ordre Naturel: Le Droit Public Et 'Legum Delectus'*, París, Nabu Press, 2011, vol. I.
- DOMINICÉ, Christian, "The international responsibility of States for breach of multilateral obligations", *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/10/2/585.pdf>.
- DUBOIS, Dan, "The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?", *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, núm. 2, 2009, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1640076.

- DUNCAN MCNAIR, Arnold, *The law of treaties*, 2a. ed., Clarendon, Oxford, 1961.
- DUPUY, Pierre-Marie, “Implications of the institutionalization of international crimes of States!”, en WEILER, Joseph, *International crimes of State: a critical analysis of the ILC’s draft article 19 on State responsibility*, Berlín, Walter de Gruyter, 1989.
- ESPALÍU BERDUD, Carlos, “El *jus cogens*, ¿salió del garaje?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 1, 2015.
- FORREST MARTIN, Francisco, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65, 2002.
- FORTEAU, Mathias, “Regional International Law”, en WOLFRUM, Rudiger (comp.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Max Planck für Völkerrecht und Rechtsvergleichung, 2006.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.
- FRIEDMANN, Wolfgang, “The changing dimensions of international law”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 62, núm. 7, 1962.
- FRWEIN, Jochen A., “*Ius cogens*”, en WOLFRUM, Rudiger (comp.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GAJA, Giorgio, “*Jus cogens* Beyond the Law of Treaties”, *Recueil de Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Leiden, Boston, 1981, vol. 172.
- GALLANT, Kenneth S., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- GANGL, Walter T., “The *jus cogens* dimensions of nuclear technology”, *Cornell International Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1980.
- GARIBIAN, Sévane y PUPPO, Alberto, “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, núm. 36, 2012, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3636/363633423001.pdf>.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, “Le *ius cogens* international: sagenése, sanature, sesfonctions”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1981.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1073/1.pdf>.

- GUARDIA, Ernesto de la y DELPECH, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970.
- GUARDIA, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.
- GUGGENHEIM, Paul, *Traité de droit international public: avec mention de la pratique internationale et suisse*, 2a. ed., Ginebra, Georg, 1967, vol. 1.
- HANNIKAINEN, Lauri, *Peremptory norms (jus cogens) in international law; historical development, criteria, present status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Pub. Co., 1988.
- HOOGH, André de, *Obligations erga omnes and international crimes: a theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, The Hague, Kluwer International Law, 1996.
- JACOVIDES, Andrew, "Treaties conflicting with peremptory norms of international law and the Zurich-London «Agreements»", en JACOVIDES, Andrew (comp.), *International Law and Diplomacy*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- JANIS, Mark W., "The nature of *jus cogens*", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, 1988.
- JORGENSEN, Nina H. B., "Complicity in genocide and the duality of responsibility", en SWART, Bert *et al.* (comps.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, USA, Oxford University Press, 2011.
- JUSTE RUIZ, José, "Las obligaciones «*erga omnes*» en derecho internacional público", en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo (comp.), *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, t. 1.
- KADELBACH, Stefan, "*Ius cogens*, obligations erga omnes and other rules - The identification of fundamental norms", en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (comps.), *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- KADELBACH, Stefan, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- KADELBACH, Stefan, "Genesis, function and identification of *jus cogens* norms", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016.
- KARAKOULIAN, Emi, "The idea of the international community in the history of international law", *Journal of International Legal History*, vol. 2, núm. 1, 2003.

- KAWASAKI, Kyoji, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34, 2006, disponible en: <https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/hermes/ir/re/8133/HJlaw0340000270.pdf>.
- KAWASAKI, Kyoji, “International *ius cogens* in the Law of State Responsibility”, en FOCARELLI, Carlo (comp.), *Le nuove frontiere del diritto internazionale*, Perugia, Morlacchi Editore, 2008.
- KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- KNUCHEL, Sévrine, *Jus cogens: identification and enforcement of peremptory norms*, Zúrich, Schulthess, vol. 342, 2015.
- KOLB, Robert, “The formal source of *jus cogens* in public international law”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 53, 1998.
- KOLB, Robert, *Peremptory international law - jus cogens: a general inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- KOLB, Robert, *Théorie du ius cogens international*, Ginebra, Graduate Institute Publications, 2001.
- KOSKENNIEMI, Martti, *From apology to utopia: the structure of legal argument: reissue with new epilogue*, Cambridge University Press, 2006.
- KOTZÉ, Louis J., “Constitutional conversations in the Anthropocene: in search of environmental *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015.
- LILIENTHAL, Gary y AHMAD, Nehaluddin, “*Communis opinio* and *jus cogens*: a critical review on pro-torture law and policy argument”, *Journal of East Asia and International Law*, vol. 10, núm. 2, 2017.
- LINDERFALK, Ulf, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2016, disponible en: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-6265-114-2_3.
- LINDERFALK, Ulf, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened pandora’s box, did you ever think about the consequences?”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2008, disponible en: <https://academic.oup.com/ejil/article/18/5/853/398659>.
- MAGALLONA, Merlin M., “The concept of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of the (sic) Treaties”, *Philippine law journal*, vol. 51, núm. 5, 1976.

- MAREK, Krystyna, “Contribution a l’étude du *jus cogens* en droit international”, *Recueil d’Études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1968.
- MORELLI, Gaetano, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, t. I, Boston, Brill, 1956.
- MORENO QUINTANA, Lucio M., *Tratado de derecho internacional*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963.
- MORENO QUINTANA, Lucio Manuel y BOLLINI SHAW, Carlos, *Derecho internacional público: sistema nacional de derecho y política internacional: metodología, estructura internacional, organización de las relaciones internacionales*, Buenos Aires, Librería del Colegio, 1950.
- NIETO-NAVIA, Rafael, “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, en CHANDVORAH, Lal (comp.), *Man’s inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haya, 2003.
- ONUF, Nicholas y BIRNEY, Richard K., “Peremptory norms of international law: their source, function and future”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 1974.
- ORAKHELASHVILI, “Alexander, Audience and authority - the merit of the doctrine of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, “UN Security Council - interpretation of Security Council Resolutions - *jus cogens* - freedom from arbitrary deprivation of liberty - detention of individuals under human rights law and humanitarian law”, *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Toronto, 2006.
- PARKER, Karen y NEYLON, Lyn Beth, “*Jus cogens*: compelling the Law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, núm. 2, 1989.
- PAUST, Jordan, “The reality of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, núm. 1, 1991.
- PELLET, Alain, “Can a State commit a crime? Definitely yes!”, *European Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, 1999, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/10/2/592.pdf>.

- PELLET, Alain, “The Normative Dilemma: will and consent in international law-making”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1989.
- PEÑA PÉREZ, Pascal, *La imposibilidad sobrevinida de cumplimiento del “ius cogens superveniens” como causa de terminación de tratados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, tesis, 2017.
- PETERS, Anne, “The Security Council, functions and powers, article 25”, en SIMMA, Bruno *et al.* (comps.), *The Charter of the United Nations: a Commentary*, 3a. ed., Nueva York-Oxford, Oxford University Press, vol. I, 2012.
- PETSCHKE, Markus, “*Jus cogens* as a vision of the international legal order”, *Penn State International Law Review*, vol. 29, núm. 2, 2010, disponible en: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1161&context=psilr>.
- PINTO, Mónica, “El *ius cogens* en la jurisprudencia internacional”, en GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia (comp.), *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- POTESTÀ, Michele, “State Immunity and *jus cogens* violations: the Alien Tort Statute against the backdrop of the latest developments in the Law of Nations”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2010, disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/potesta-state-immunity-and-jus-cogens-violations-bjil-2010.pdf>.
- PUCEIRO RIPOLL, Roberto, *Las normas de jus cogens ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?*, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf.
- PUPPO, Alberto, “Lutte internationale contre le terrorisme, sécurité internationale et droit fondamentaux. Les pirouettes des juges européens entre creation de hierarchies normative improbables et sacrifice des garanties juridictionnelles les plus élémentaires”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2009, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/291/505>.
- QUISPE REMÓN, Florabel, “*Ius cogens* en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, núm. 34, 2010, disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22361#preview>.
- QUISPE REMÓN, Florabel, “Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 28, 2012, disponible en: <file:///C:/Users/victor%20Rojas/Downloads/2534-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9950-1-10-20150611.pdf>.

- RAGAZZI, Maurizio, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- REUTER, Paul, *Derecho internacional público*, trad. de José Puente Egido, Madrid, Bosch, 1962.
- RIVIER, Raphaële, *Droit international public*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2013.
- ROHR, Aldana, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015.
- ROZAKIS, Christos, *The concept of jus cogens in the law of treaties*, Amsterdam, Nueva York-Oxford, North Holland Publishing Co., 1976.
- SACO CHUNG, Víctor, “*Jus cogens* ¡si supieras lo que se dice de ti!: develando los límites de las normas imperativas en derecho internacional”, *Revista Foro Jurídico*, núm. 10, 2010, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18554/18794>.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015.
- SAUL, Matthew, “Identifying *jus cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2014.
- SCELLE, Georges, “Essai sur les sources formelles du droit international”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, París, Sirey, 1934.
- SCHEUNER, Ulrich, “Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967.
- SCHWARZENBERGER, Georg, “International *jus cogens*?”, *Texas Law Review*, vol. 43, 1965.
- SCHWELB, Egon, “Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission”, *The American Journal of International Law*, vol. 61, núm. 4, 1967.
- SHELTON, Dinah, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015.
- SIMMA, Bruno y ALSTON, Philip, “The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, 1988.
- SIMMA, Bruno, “Bilateralism and community interest in the law of State responsibility”, en DINSTEIN, Yoram (comp.), *International law at a time of*

perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.

THIRLWAY, Hugh, *The sources of international law*, Nueva York-Oxford, Foundations of Public International Law, 2014.

TLADI, Dire, “Interpretation of protection of civilians mandates in United Nations Security Council Resolutions”, en KUWALI, Dan y VILJOEN, Frans (comps.), *By all means necessary: Protecting civilians and preventing mass atrocities in Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2017.

TOMUSCHAT, Christian, “The security council and *jus cogens*”, en CANNIZZARO, Enzo (comp.), *The present and future of jus cogens*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2015.

VERDROSS, Alfred, “Forbidden treaties in international law: comments on professor Garner’s report on «The law of treaties»”, *The American Journal of International Law*, vol. 31, núm. 4, 1937.

VERDROSS, Alfred, “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, *The American Journal of International Law*, vol. 60, 1966.

VERDROSS, Alfred, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg, Rombach & Co., 1973.

VIEGAS VERA, Lucía, “*Jus cogens* e o tema da nulidad de los tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 36, núm. 144, 1999.

VILLALPANDO, Santiago, *L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des états*, Genève, Gradutae Institute Publications, 2005.

VIRALLY, Michel, “Reflexions sur le *jus cogens*”, *Annuaire Français de Droit International*, 1969.

VISSCHER, Charles de, *Positivisme et jus cogens*, París, Editions Pedone, 1971.

WEATHERALL, Thomas, “*Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, núm. 4, 2016.

WEATHERALL, Thomas, *Jus cogens. International Law and Social Contract*, Washington D. C., Cambridge University Press, 2015.

WEISBURD, Mark, “The emptiness of the concept of *jus cogens* as illustrated by the war in Bosnia-Herzegovina”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 1995, disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1480&context=mjil>.

WET, Erika de, “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en SHELTON, Dinah (comp.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

WET, Erika de, *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Portland, Hart Publishing, 2004.

WET, Erika de, “The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2004, disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/15/1/349.pdf>.

WHITEMAN, Marjorie, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2, 1977, disponible en: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2318&context=gjicl>.

ZENOVIC, Predrag, “Human rights enforcement via peremptory norms—a challenge to state sovereignty”, *RGSL Research papers*, núm. 6, 2012, disponible en: <https://www.rgsl.edu.lv/uploads/research-papers-list/17/rp-6-zenovic-final.pdf>.

A obrigação de não-reconhecimento de um ato ilícito internacional no caso Palestina v. Estados Unidos da América na Corte Internacional de Justiça

The Obligation of Non-Recognition of an Illicit International Act in Palestine vs. the United States of America at the International Court of Justice

L'obligation de non-reconnaissance d'un acte international illicite en Palestine c. Les Etats-Unis D'amérique à la Cour Internationale de Justice

Rodrigo Machado Franco*

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *A natureza e a formulação da obrigação de não-reconhecimento nos Artigos sobre Responsabilidade Internacional da CDI*. III. *A obrigação de não-reconhecimento na jurisprudência da CIJ*. IV. *A aplicabilidade da obrigação de não reconhecimento ao caso Palestina v. Estados Unidos*. V. *Conclusão*. VI. *Bibliografia*.

* Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6869-6663>, romachadofranco@hotmail.com.

Artículo recibido el 29 de enero de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 391-430
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-BJV-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater a pertinência de se aviltar uma violação à obrigação de não-reconhecimento de atos ilícitos internacionais na análise de mérito do caso *Palestina v. Estados Unidos da América (EUA)* na Corte Internacional de Justiça. O trabalho defenderá a hipótese de que há pertinência em se notar tal violação e, para tanto, dedicar-se-á a analisar a natureza da obrigação em questão conforme expressa nos Artigos sobre Responsabilidade dos Estados da Comissão de Direito Internacional da ONU, a jurisprudência contenciosa e consultiva da Corte Internacional de Justiça dedicada ao tema e, por fim, a prática dos Estados e as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas pertinentes ao caso. À conclusão caberá reafirmar os argumentos expostos no texto e a hipótese por ele sustentada.

Palavras-chave: responsabilidade dos Estados; Corte Internacional de Justiça; obrigação de não-reconhecimento; Palestina, Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the pertinence of debunking a violation of the obligation to not recognize international illegal acts in *Palestine v. United States of America (USA)* at the International Court of Justice. The work will defend the hypothesis that it is pertinent to notice such a violation and, for that purpose, it will dedicate itself to analyze the nature of the obligation in question as expressed in the International Law Commission Articles on the Responsibility of States, the contentious and consultative jurisprudence of the International Court of Justice dedicated to the topic and, finally, the practice of States and as resolutions of the United Nations Security Council applicable to the case. The conclusion should restate the arguments ex-postulated in the text and the hypothesis supported by them.

Key words: State responsibility; International Court of Justice; obligation of non-recognition; Palestine, United States of America.

RÉSUMÉ: Le but de cet article est de discuter de la pertinence de s'affirmer une violation de l'obligation de ne pas reconnaître les actes illégaux internationaux en *Palestine c. États-Unis d'Amérique* devant la Cour internationale de justice. L'article défendra l'hypothèse qu'il est pertinent de constater une telle violation et, à cette fin, il se consacrera à analyser la nature de l'obligation en question telle qu'exprimée dans les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, la jurisprudence contentieuse et consultative de la Cour internationale de justice consacrée au sujet et, enfin, à la pratique des États et les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies applicables à l'affaire. La conclusion doit reprendre les arguments ex-postulés dans le texte et l'hypothèse qu'ils soutiennent.

Mots-clés: responsabilité de l'état; Cour Internationale de Justice; obligation de non-reconnaissance ; Palestine, États-Unis d'Amérique.

I. INTRODUÇÃO

Em 6 de dezembro de 2017, o Presidente dos Estados Unidos da América (EUA) emitiu uma declaração unilateral reconhecendo Jerusalém como capital de Israel.¹ A declaração enfatizava que a política externa dos Estados Unidos era resultado de uma observação realista e pragmática de fatos políticos e que a condição de Jerusalém como capital de Israel tratava-se, justamente, de um fato.² A Casa Branca afirmou que “o Estado de Israel fez de Jerusalém sua capital - a capital do povo judeu estabelecida desde os tempos antigos”³ e que, por esse motivo, transferiria a embaixada norteamericana —até então instalada em Tel Aviv— para aquela cidade. O despacho provocou reação subsequente: em setembro de 2018, a Palestina recorreu à Corte Internacional de Justiça (‘CIJ’ ou ‘Corte’), alegando que a realocação da missão diplomática dos EUA —concluída em maio de 2018— constituía, por si só, uma violação do artigo 3o. da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CVRD).⁴

Embora a Palestina tenha se limitado, em sua petição à Corte, a mencionar a violação do artigo 3o. da CVRD como fundamento para sua queixa, uma

¹ Estados Unidos da América [EUA]. Proclamação 9683 de 6 de dezembro de 2017, ‘*Recognising Jerusalem as the Capital of the State of Israel Relocating the United States Embassy to Israel to Jerusalem*’ *Federal Register*, vol. 82, n. 236 58331, 11 de dezembro de 2017.

² “The foreign policy of the United States is grounded in principled realism, which begins with an honest acknowledgment of plain facts. With respect to the State of Israel, that requires officially recognising Jerusalem as its capital and relocating the United States Embassy to Israel to Jerusalem as soon as practicable.” *Idem*.

³ “The State of Israel has made its capital in Jerusalem — the capital of the Jewish people established in ancient times”. *Idem*.

⁴ O artigo 3o. da Convenção exige que as funções da missão diplomática sejam desempenhadas “no Estado receptor [acreditado].” Como o *status* territorial de Jerusalém enquanto parte do território sob soberania israelense permanece em disputa, a Palestina argumenta que a transferência das instalações de representação dos United States of America para a cidade seria considerada uma violação da CVRD, pois aquelas estariam funcionando fora do território do Estado acreditado. Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Aplicação Instituinto Procedimentos [*Application Instituting Proceedings*] de 28 de setembro de 2018. *Relocation of the United States embassy to Jerusalem*. Haia, Países Baixos. pp. 2-18, 28 set. 2004, disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/176/176-20180928-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

segunda obligación parece estar involucrada: la declaración de los EUA podría expresar, en hipótesis, el reconocimiento de una situación gerada y mantida gracias a un acto ilícito internacional perpetrado por un Estado. La transferencia de la embajada podría ser comprendida como un reconocimiento de los derechos territoriales israelenses sobre toda la ciudad de Jerusalén —inclusive su mitad oriental. Tal actitud sería considerada en contraste con la regla costumbrera de no-reconocimiento expresada en el Artículo 41 (2) de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional (DARS) de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) una vez que demostraría la disposición de un Estado-tercero de enganjar-se en relaciones diplomáticas con Israel en ese territorio a revelía de la violación de una norma peremptoria. Este trabajo tiene como objetivo considerar la pertinencia de la violación de la obligación de no-reconocimiento en tanto susceptible de ser incorporada al fallo de la Corte en eventual análisis del mérito del caso.

Em que pese a ausência de qualquer menção à obrigação de não-reconhecimento na petição palestina, aquela já foi apontada por Estados em seus pronunciamentos no Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) e na Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) bem como em resoluções de ambos os fóruns sobre o conflito israelo-palestino. Entretanto, ainda não há consenso quanto ao fato de que a declaração bastaria para configurar o reconhecimento acusado, bem como há críticas às quais notam uma tentativa de se exigir da Corte uma sentença *ultra petita* caso aquela optasse por adjudicar sobre a obrigação. Logo, o trabalho propõe uma análise da natureza e do conteúdo da obrigação, bem como das circunstâncias particulares ao caso, para reconhecer nele a pertinência de se aviltar a violação de uma suposta obrigação de não-reconhecimento. A tal análise serão dedicadas as seções seguintes.

Para tanto, o artigo examinará, em uma primeira seção, a natureza da obrigação de não-reconhecimento tal qual expressa nos Artigos produzidos pela Comissão de Direito Internacional (CDI) de 2001. Em seguida, considerará a jurisprudência contenciosa e consultiva da CIJ na qual a obrigação de não-reconhecimento foi notada, de modo a compreender o papel da Corte na formulação do seu conteúdo e de sua execução. Em uma terceira seção, tendo em vista os fundamentos apresentados pelas divisões anteriores, ponderará sobre a relevância de se notar uma possível violação da obrigação de não-reconhecimento no caso *Palestina v. Estados Unidos*.

A hipótese defendida é a de que há pertinência em se notar uma possível obrigação de não-reconhecimento adjacente à queixa apresentada pela Palestina, majoritariamente em função de três fatores: i) seria impossível responder à demanda palestina sem adjudicar sobre os direitos territoriais de Israel, o que poderia conduzir a interpretar a transferência da embaixada como um ato de expressão de reconhecimento; ii) as resoluções do CSNU apontam para a confirmação de um estado de ilegalidade no que concerne à presença de Israel sobre o território no qual está instalada a embaixada, o que conduziria ao mesmo resultado da afirmação anterior; iii) a obrigação de não-reconhecimento nesse caso, tal qual definida na jurisprudência da Corte, decorreria de uma situação mantida graças à violação da autodeterminação e da integridade territorial palestinas, possuindo natureza costumeira. Além disso, a prática anterior do CSNU e da própria CIJ apontam para o fato de que a obrigação também estende-se aos atos que possam veicular o reconhecimento de uma dada situação —*e.g.* o estabelecimento de relações diplomáticas.

Embora o presente artigo limite-se a investigar o mérito do caso *Palestina v. EUA* —pressupondo hipoteticamente a superação das objeções preliminares— deve-se notar os obstáculos para que a Corte exerça sua jurisdição. Três óbices parecem ser evidentes: i) o título territorial disputado sobre a cidade de Jerusalém;⁵ ii) a condição da Palestina enquanto Estado⁶ e iii) a

⁵ A questão relativa à jurisdição territorial sobre a cidade de Jerusalém remete ao Plano de Partição de 1947, apresentado na Resolução 181 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Após a Guerra dos Seis dias, em 1967, e a subsequente proclamação do Knesset em 1980 que declarou ser Jerusalém, una e indivisa, a capital do Estado de Israel, a situação tornou-se ainda mais incerta. Delimitar quem detem o título territorial sobre a cidade (total ou parcialmente e, nesse segundo caso, sobre quais zonas daquela) é importante para que a jurisdição da Corte sobre o caso seja concedida, uma vez que Israel não ofereceu consentimento *ratione materiae* à Corte para adjudicar sobre seus direitos territoriais —excetuada a obrigação de apelação à Corte para a solução de controvérsias presente no Plano de Partição que, para muitos, tornou-se inválida após o subsequente conflito de 1967.

⁶ Segundo o artigo 34 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, apenas Estados podem ser partes em litígios. Em que pese seu *status* como Estado-observador na Assembleia Geral da ONU e sua ratificação como parte em diversos tratados (inclusive alguns constitutivos de organizações internacionais, *e.g.* da UNESCO), a Palestina ainda enfrenta dificuldades típicas de entidades cuja autonomia é relativa e cuja condição é ambígua. Caberia à Corte definir, na hipótese de superação de tal objeção preliminar, se a Palestina é ou não uma entidade reconhecível tal qual Estado e, por consequência, se poderia nela litigar. Para um estudo aprofundado da condição palestina. Quigley, John, *The Statehood of Palestine: international law in the*

objeção quanto à possível adjudicação de direitos de titularidade alheia às partes —*i.e.* os títulos territoriais de Israel— cuja adjudicação fica proibida pelo chamado princípio *Monetary Gold* e pelo próprio Estatuto da CIJ.⁷ As três objeções, contudo, exigem um exame de aspectos processuais que extrapolaria o escopo deste trabalho —sendo imprescindível notar que as objeções, cada uma à sua maneira, apresentam dificuldades notáveis para que o caso avance à etapa de mérito.

II. A NATUREZA E A FORMULAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO-RECONHECIMENTO NOS ARTIGOS SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA CDI.

Em 2001 a Assembleia Geral da ONU tomou nota do conjunto de artigos produzidos pela CDI sobre responsabilidade dos Estados. Embora inicialmente orientado por uma concepção bilateral de responsabilidade, o projeto converteu-se definitivamente em direção a um tom comunitarista a partir da ascensão de Roberto Ago à posição de *rapporteur* na década de 1970.⁸ A percepção já vinha presente no entendimento de Ago, o qual con-

Middle East Conflict?, 4a. ed., Nova York, Cambridge University Press, 2010, ou ainda: Akande, Dapo, “Palestine as a UN observer state: does this make Palestine a state?”, Firenze, *EJIL:Talk!*, 2018, disponível em: <https://www.ejiltalk.org/palestine-as-a-un-observer-state-does-this-make-palestine-a-state/#:~:text=Last%20week%2C%20the%20UN%20General,to%20being%20an%20observer%20State>, e Cassese, Antonio, “The Israel-PLO Agreement and Self Determination”, *European Journal of International Law*, Firenze, no. 4, 1993, pp. 564-571, *passim*.

⁷ O princípio impede que a Corte exerça sua jurisdição sobre direitos de Estados —terceiros os quais compõem o objeto principal do litígio— em que pese a garantia de intervenção prevista no Estatuto da Corte às partes essenciais do caso.

⁸ Sobre esta distinção conceitual do regime de responsabilidade dos Estados, ver: Ago, Roberto, “Características gerais da comunidade internacional e do seu direito”, trad. de Arno Dal Ri Jr., *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 29, no. 56, 2010, pp. 21-22; Gaja, Giorgio, *The protection of general interests in the international community*, Haia, The Hague Academy of International Law, 2011, *passim*; Pellet, Alain, “Les Rapports de Roberto Ago à la CDI sur la Responsabilité des États”, *Forum du Droit International*, Paris, no. 4, 1996, *passim*; Spinedi, Marina, “From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, ed. 5, 2001, pp. 1099-1125, *passim*, e Villalpando, Santiago, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 21, no. 2, 2010, pp. 387-419,

cebia a responsabilidade como uma ficção jurídica ‘objetiva’ e não ‘inter-subjetiva’,⁹ de modo a permitir a existência de uma comunidade de Estados juridicamente regulada, e não somente um rol de obrigações sinalagmáticas devidas pelos Estados entre si. A alteração sutil operada por Ago provocou consequências notáveis —e.g. a distinção entre o conceito de ‘crime internacional’ e ‘delito internacional’.¹⁰ Embora o termo ‘crime’ não tenha sido mantido no projeto apresentado à AGNU em 2001,¹¹ o conceito per-

passim. No entanto, James Crawford sustenta que o Direito Internacional reconheceu a existência de normas coletivamente tuteladas muito antes da distinção operada pela Corte Internacional em *Barcelona Traction*. A Corte Permanente de Justiça Internacional, por exemplo, asseverou que os quatro Estados propositores da petição inicial no caso *Wimbledon*, embora não tivessem relação concreta com a violação aviltada, agiram em nome do interesse comum. No âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU, o *rapporteur* especial para o Direito dos Tratados, Gerald Fitzmaurice, já havia proposto, em 1963, a distinção entre obrigações convencionais ‘interdependentes’ e ‘integrais’. Algo semelhante com o primeiro *rapporteur* especial para a Responsabilidade dos Estados, o cubano Francisco García-Amador. Crawford, James, *State Responsibility: The General Part*, 2a. ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 363-367.

⁹ Esta característica foi levada especialmente a sério pelo último *rapporteur* especial do projeto sobre responsabilidade dos Estados, Crawford, ao preterir o exame da responsabilidade internacional sob a óptica do ‘estado lesado’ em benefício das múltiplas situações em que a responsabilidade pode insurgir. Pellet, Alain, “The ILC’s Articles on State Responsibility...”, *cit.*, p. 84. Alguns críticos apontam que a existência da obrigação de não-reconhecimento, conjugada às normas de *jus cogens*, pressupõe uma comunidade internacional regulada aos moldes do Direito Interno, ou seja, a partir da perspectiva de um soberano legislador e executor das normas e capaz de engendrar hierarquias entre elas – algo notadamente inconcebível no plano internacional. Entretanto, outros respondem afirmando que este é um argumento circular, uma vez que supõe um conjunto de estruturas imutáveis no Direito Internacional para fundamentar a inexistência, justamente, de normas capazes de desafiar sua estrutura bilateral primeva. Christakis, Théodore, “L’obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d’autres actes enfreignant des règles fondamentales”, em Tomuschat, Christian e Thouvenin, Jean-Marc (comp.), *The fundamental rules of the International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes*, Amsterdam, Martinus Nijhoff, 2005, p. 131.

¹⁰ Pellet, Alain, “Remarques sur une révolution inachevée...”, *cit.*, p. 228 e Nolte, Georg, “From Dionisio Anzilotti to Robert Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, no. 4, 2002, pp. 1085 e 1093.

¹¹ Em virtude da percepção de que a natureza da responsabilidade internacional não era puramente penal, nem puramente civil, mas sim *sui generis* —bem como da oposição formada por alguns Estados (Espanha, Países Baixos, Áustria etc.) contra a retirada do capítulo III do anteprojeto defendida pelos EUA, Reino Unido, Japão e outros Estados. Crawford, James *et al.*, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts...”, *cit.*, pp. 975 e 976.

maneceu inscrito no Capítulo III daquele sob o título de ‘sérias violações de obrigações advindas de normas peremptórias do Direito Internacional geral’ as quais incitariam oponibilidade *erga omnes*.¹²

É o artigo 41 do capítulo III dos DARS o qual guarda maior correlação com o caso *Palestina v. Estados Unidos*. Em seus dois primeiros parágrafos, o artigo estipula duas consequências das violações de normas peremptórias, atribuíveis a todos os Estados: (i) o dever de cooperar para levar ao fim a situação criada pela violação (obrigação de cooperação)¹³ e (ii) o dever de não reconhecer como legal uma situação gerada pela violação, bem como de não oferecer assistência ou suporte capaz de perpetuá-la (obrigação de não-reconhecimento).¹⁴ Ambas as disposições foram inseridas ao projeto de artigos apenas em 1982.¹⁵

¹² *Idem*. É preciso, contudo, reconhecer que a proximidade entre os conceitos de normas peremptórias e obrigações *erga omnes* como codificados pela CDI não justifica o abandono da distinção – consideração relevante para o caso *Palestina v. Estados Unidos*. Enquanto as normas de *jus cogens* são caracterizadas pelo seu *status* hierarquicamente superior às demais normas internacionais, as obrigações *erga omnes* podem ter como objeto circunstâncias bastante ordinárias. Além disso, enquanto as normas de *jus cogens* afetam a validade de normas conflitantes, as obrigações *erga omnes* dizem respeito aos efeitos de uma determinada violação em Estados-terceiros. Uma terceira distinção é apontada por Bassiouni, ao revelar que, se as normas de *jus cogens* estão intrinsecamente ligadas à noção de dever, o mesmo não pode ser afirmado sem dúvidas em relação às obrigações *erga omnes* – uma vez que alguns enxergam naquelas não um comando objetivo, mas sim uma faculdade garantida aos Estados na condição de terceiros frente a uma grave violação. Asteriti, Alessandra e Tams, Christian, “Erga omnes, jus cogens and their impact on the law of responsibility”, em Evans, Malcolm e Koutrakis, Panos (comp.), *The International Responsibility of the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 92, e Bassiouni, Cherif, “International crimes: jus cogens and obligations erga omnes”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 16, p. 72.

¹³ No que concerne ao dever inscrito no primeiro parágrafo não há nenhuma definição estrita quanto a forma da cooperação, de modo que esta pode dar-se em conformidade com a vontade dos Estados e com as exigências das circunstâncias, desde que o ato de cooperação não viole nenhuma obrigação internacional ou contrarie normas oriundas do costume ou dos princípios gerais. Notadamente, a obrigação de cooperar não reflete com perfeição a prática internacional, uma vez que não parece haver um dever de cooperação com oponibilidade *erga omnes* de *lege lata*. Comissão de Direito Internacional [CDI]. Organização das Nações Unidas [ONU]. “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, Nova York, EUA, v. II, n. Parte II, p. 31-143, 2001. e Asteriti, Alessandra e Tams, Christian. *op. cit.*, p. 95.

¹⁴ Talmon, Stefan, “The Duty Not to «Recognize as Lawful» a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation

A obrigação exortada no parágrafo 2o. expressa um dever objetivo de não-reconhecimento não apenas do ato violador, mas igualmente da situação produzida em sua decorrência —o exemplo arquetípico, segundo Crawford, é a ocupação de um território como consequência do uso ilegal da força e da não-observância do direito à autodeterminação.¹⁶ Além disso, proíbe os Estados de oferecerem assistência ou suporte capaz de perpetuar a situação —dever que, por sua vez, perdura enquanto durarem os efeitos do ato violador.¹⁷ As formas como o não-reconhecimento e a recusa à assistência podem se dar não são estipuladas pelos Artigos, e casos concretos revelam desde uma recusa a travar relações diplomáticas

without Real Substance?” em Tomuschat, Christian; e Thouvenin, Jean-Marc (comp.), *The fundamental rules of the International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes*, Amsterdam, Martinus Nijhoff, 2005, p. 110.

¹⁵ Comissão de Direito Internacional [CDI], “Draft articles...”, *cit.*, par. 44-49.

¹⁶ Crawford, James, “State Responsibility...”, *cit.*, p. 346. O dever de não-reconhecimento encontra respaldo em uma série de casos mencionados pelos comentários da CDI aos DARS. Por exemplo, (i) o posicionamento da Assembleia da Liga das Nações por ocasião da ocupação da Manchúria, em que se afirmou o dever de todos os Estados de não reconhecer a ocupação territorial levada a cabo pelo uso da força; (ii) a Declaração de Princípios do Direito Internacional, a qual asseverou a mesma afirmativa; (iii) o posicionamento da CIJ no caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* frente a violação da integridade territorial nicaraguense; (iii) a Resolução 662 (1990) do Conselho de Segurança da ONU, a qual exortou os Estados a não reconhecerem a soberania iraquiana sobre o território do Kuwait, bem como considerem nulo o ato que levou a anexação. Outros exemplos relevantes são (i) o Tratado de não-agressão entre Estados americanos assinado no Rio de Janeiro em 1933; (ii) a Declaração sobre Direitos e Deveres dos Estados firmada em Montevideu, também em 1933; (iii) a Declaração de Lima de 1938 e o preâmbulo da Convenção de Havana de 1940; (iv) o artigo 17 da Carta da Organização dos Estados Americanos; (v) O Ato Final de Helsinque de 1975; (vi) as Resoluções 2625, 3314, 36/103, 42/22 da AGNU etc. Christakis, Théodore. “L’obligation de non-reconnaissance...”, *cit.*, p. 139.

¹⁷ A Resolução 2022 da AGNU, aprovada em 1965, em conjunção com as Resoluções 217 e 288 do CSNU, respectivamente de 1965 e 1970, ilustram o dever de não-assistência. A resolução da Assembleia concerne a declaração de independência unilateral da Rodésia do Sul em relação ao Reino Unido promovida por Ian Smith, a qual foi considerada ilegal. Dentre as obrigações exortadas pela resolução, cabe destaque à obrigação de não reconhecer nenhum governo não-representativo da maioria da população na Rodésia do Sul. Já as resoluções do CSNU impõem aos Estados a obrigação de não travar relações diplomáticas, não reconhecer a emissão de passaportes, retirar todas as representações diplomáticas, consulares e comerciais e negar o caráter legítimo de qualquer ato público praticado pela entidade governamental da Rodésia do Sul, bem como negá-la o *status* de membro de qualquer organização internacional. Crawford, James, “State Responsibility...”, *cit.*, p. 382.

até sanções econômicas coordenadas por organizações regionais ou pela própria ONU.¹⁸

Embora a formulação da obrigação de não-reconhecimento apontada no artigo 41(2) seja bastante clara, resta o questionamento em relação à sua generalidade, isto é, sua natureza costumeira. A autoridade¹⁹ dos DARS é amplamente notada por cortes e tribunais internacionais, mas dispositivos específicos ainda suscitam dúvidas quanto a sua normatividade —o artigo 41(2) entre eles.²⁰ Logo, a única maneira de se demonstrar a autoridade de obrigações específicas dos DARS é verificar se aquelas refletem o costume internacional, uma vez que aqueles não foram transformados em uma convenção multilateral capaz de produzir obrigações convencionais aos Estados. Em que pese a incerteza em relação à natureza costumeira de outros dispositivos dos Artigos (notadamente, os dedicados ao tema das contramedidas) é custoso argumentar contra a generalidade da obrigação de não-reconhecimento, especialmente na circunstância de uma ocupação territorial via uso ilegal da força.²¹ Isso se dá em função dos fatores a seguir apresentados.

Em primeiro lugar, a obrigação de não-reconhecimento compõe o rol de princípios estipulados na Declaração de Princípios do Direito Internacional (1970), a qual, segundo a CIJ no caso *Nicaragua*,²² reflete o costume

¹⁸ Moerenhout, ao examinar os assentamentos israelenses em território ocupado palestino, pondera sobre a possível utilização de boicotes comerciais por parte da União Europeia como meio de execução da obrigação de não-reconhecimento. Moerenhout, Tom, “The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements”, Firenze, *EJIL: Talk!*, 4 de abril de 2017, disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

¹⁹ Aqui utiliza-se o conceito de ‘autoridade’ proposto por Bordin: “a afirmação de que certos textos normativos refletem, expressa ou implicitamente, o direito existente (*lex lata*)”. Bordin, Fernando Lusa, “Reflections of Customary International Law: the Authority of Codification Conventions and the ILC Draft Articles in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, no. 3, 2014, p. 538.

²⁰ Os Artigos sobre Responsabilidade contam com uma aceitação singular e bastante generalizada por parte dos Estados e dos Tribunais Internacionais. Não raramente sentenças da CIJ fazem menção àqueles, bem como Estados fundamentam suas práticas ou oferecem suas queixas em petições iniciais de acordo com o previsto nos Artigos. Sobre a efetividade das codificações produzidas pela CDI, ver: Bordin, Fernando Lusa, “Reflections...”, *passim*.

²¹ Talmon, Stefan, “The Duty...”, *cit.*, p. 125.

²² Corte Internacional de Justiça [CIJ], Julgamento de 27 de junho de 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Nicarágua v Estados Unidos da América*, Haia,

internacional em sua totalidade. Alguns críticos, no entanto, colocam em xeque o posicionamento da Corte —em virtude da extensão da Declaração e da diversidade de obrigações nela presentes— embora o contexto do caso *Nicaragua* reforce a tese de que o dever de não-reconhecimento insurge em situações de uso ilegal da força e suas consequências.²³

Em segundo lugar, a mesma Corte, em 2004, expediu uma Opinião Consultiva requerida pela AGNU relativa à legalidade da construção de um muro em territórios palestinos ocupados por Israel, e nela asseverou que a proibição de aquisição de territórios por ameaça ou pelo uso da força tratava-se de uma norma costumeira.²⁴ Trata-se de uma disposição especialmente notável, pois está inserida em contexto semelhante ao caso *Palestina v. Estados Unidos*. Nesse caso, a objeção dirige-se ao fato de que a Corte não mencionou diretamente o artigo 41(2) dos DARS, embora tenha optado pelo mesmo enunciado daquele, *ipsis litteris*.²⁵

Enfim, o *rapporteur* especial James Crawford, em seus comentários aos DARS, afirmou que a obrigação de não-reconhecimento de violações de normas peremptórias *provavelmente* refletiria o costume internacional.²⁶ Nesse caso, é preciso levar em consideração o fato de que os comentários foram emitidos antes da Opinião Consultiva de 2004, isto é, antes da Corte afirmar que a obrigação compunha o costume internacional.

Quanto às objeções referentes à formulação e ao conteúdo do dever de não-reconhecimento conforme disposto no DARS, ao menos três são no-

Países Baixos, pp. 3-140, 27 jun. 1986, disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019, par. 188.

²³ Pert, Alison. “The “Duty” of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties”, *Legal Studies Research Paper no. 13/96*, Sidney Law School, The University of Sidney, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2368618>, p. 17.

²⁴ Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Opinião Consultiva de 9 de julho de 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Haia, Países Baixos, pp. 3-71, 9 jul. 2004, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019, par. 87.

²⁵ Bordin pondera, contudo, que a decisão da Corte em não fazer referência explícita aos Artigos —com fundamento nas opiniões separadas dos Juízes Kooijmanns e Higgins— explica-se pela relutância daquela, em 2004, a utilizar a noção de ‘normas peremptórias’. Anos depois, contudo, a Corte afirmou a existência de tais normas na sentença do caso *Armed Activities* (República Democrática do Congo v. Ruanda). Bordin, Fernando Lusa, “Reflections...”, *cit*, p. 545.

²⁶ Pert, Alison, “The “Duty...”, *cit*, p. 12.

táveis. Em primeiro lugar, não é taxativa a afirmação de que o dever de não-reconhecer seria auto executório, uma vez que a CDI não estipulou em quais condições aquele poderia insurgir. Durante o período de debates do 6o. Comitê da AGNU sobre o anteprojeto dos DARS, em 2001, alguns Estados²⁷ manifestaram-se em favor do entendimento contrário, ou seja, em prol de que uma determinação de um ‘órgão de segurança coletiva’ (*i.e.* o Conselho de Segurança) seria necessária para que se verificasse a execução da obrigação —a qual não seria oponível aos Estados na ausência daquela, de modo que estes estariam livres para reconhecer ou não a situação gerada pela violação em conformidade com a sua interpretação dos fatos—,²⁸ restando apenas o dever de recusa à assistência no sentido de perpetuar a situação pretensamente ilegal.

Em segundo lugar, restam questionamentos relativos à formulação do dever de não-reconhecimento, conforme expresso nos DARS. Alguns o compreendem como uma consequência do princípio *ex injuria jus non oritur*, ao evitar que Estados-terceiros se beneficiassem de uma situação gerada e mantida à revelia de uma violação do Direito Internacional’. Por outro lado, o não-reconhecimento pode também provocar a nulidade do ato violador e seus efeitos, bem como das obrigações e direitos contraídos por terceiros cujo objeto estivesse imediatamente conexo à situação pelo ato produzida. Enfim, a obrigação pode também impor aos Estados-terceiros o dever de não reconhecer a situação em qualquer hipótese, sem, contudo alegar a nulidade dos atos geradores.²⁹ Essa última hipótese, segundo Pert, comportaria duas interpretações distintas (particulares à hipótese de uma violação que conduziu à anexação territorial): por um lado, o dever implicaria a obrigação de não-reconhecer integralmente a soberania do Estado infrator sobre o território apreendido. Por outro, o reconhecimento da aquisição territorial ou situação como lícita exigiria “uma distinção entre o reconhecimento da legalidade da situação (*de jure*) e o reconhecimento, ou aceitação, da realidade da situação (*de facto*)”.³⁰

²⁷ Dentre outros, Índia, China, Mongólia e Serra Leoa. Assembleia Geral da ONU [AGNU]. 6o. Comitê [Jurídico]. *Summary Record* da 14a. reunião, UN Doc A/C.6/56/SR.14, 13 de novembro de 2001, pars. 3 e 54.

²⁸ Pert, Alison. “The “Duty...”, *cit.*, p. 13.

²⁹ *Ibidem*, pp. 17 e 18.

³⁰ *Ibidem*, p. 18.

Em terceiro e último lugar, levantam-se questionamentos quanto à duração da obrigação de não-reconhecimento – isto é, se ela permaneceria oponível aos Estados mesmo em situações cuja consolidação já se deu de maneira efetiva, em que pese a ilegalidade do ato que as consumou.³¹ O trabalho disputará as objeções à formulação do artigo 41(2) dos DARS elencadas acima ao discutir sua pertinência ao caso *Palestina v. Estados Unidos* na quarta seção. A seguir, levantará quais foram as contribuições oferecidas pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça para a formulação do conteúdo do dever de não-reconhecimento.

III. A OBRIGAÇÃO DE NÃO-RECONHECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DA CIJ

A Corte adjudicou sobre casos os tangenciavam obrigações de não-reconhecimento em três oportunidades no curso de sua jurisprudência – em duas Opiniões Consultivas (em 1971 e 2004) e em um caso contencioso (em 1995) o qual não obteve acesso à jurisdição. Embora as decisões tenham estipulado efeitos importantes para os Estados nela referidos, elas também cumpriram o papel de clarificar questões sobre o conteúdo, a execução e o alcance da obrigação, de modo a preencher lacunas no direito costumeiro e no projeto da CDI, assim como interpretar as resoluções do Conselho de Segurança que impuseram aos Estados o dever de não-reconhecer um ato ilícito. Enfim, a Corte, ao expedir sua Opinião Consultiva sobre a construção do muro em territórios palestinos ocupados, em 2004, também fornece informações importantes para o exame de responsabilidade internacional no caso *Palestina v. Estados Unidos*.

1. A Opinião Consultiva sobre a presença sul-africana na Namíbia

Em 21 de junho de 1971, a Corte expediu sua *Opinião Consultiva sobre as consequências legais para os Estados da contínua presença sul-africana na Namíbia* (então Sudoeste Africano) *a despeito da Resolução 276 do CSNU*. O apelo à CIJ fora estipulado na Resolução 284 do Conselho, em face do descum-

³¹ *Idem*.

primimento da Resolução 276 pela África do Sul, bem como de outras resoluções do mesmo órgão e na esteira de resoluções da AGNU.³²

Julgado no ano anterior pela CIJ, o caso *Barcelona Traction Light & Power* apontava para existência de obrigações ‘devidas à comunidade internacional como um todo’ ou *erga omnes*, em sua maioria advindas da violação de normas peremptórias. Todavia, a Corte evitou estipular o conteúdo das obrigações decorrentes da violação de normas daquela natureza.³³ Nesse cenário, a Resolução 276 tornou-se ilustrativa, uma vez que o CSNU nela previa não apenas a condenação *de jure* da contínua presença sul-africana no território do Sudoeste Africano, mas também estabelecia a obrigação concreta aos países-membros das Nações Unidas de não se engajarem na contração de direitos e obrigações (*i. e.* ratificação de tratados ou acordos de qualquer natureza) referentes ao território ocupado com o governo da África do Sul – sob risco de que tais atos fossem considerados inválidos.³⁴ Haveria, tão logo, um dever de não-reconhecimento dos direitos sul-africanos para o exercício de atos típicos aos entes soberanos, pois o Estado ocupante não poderia expressar o *animus* da Namíbia ao obrigar-se interna-

³² Não era, contudo, a primeira vez em que a Corte se deparava com um litígio cujo objeto era o exercício do mandato concedido à África do Sul pela Liga das Nações sobre o Sudoeste Africano. Em 1966, Libéria e Etiópia apresentaram petições iniciais à CIJ, na tentativa de denunciar o exercício ilegal do mandato, bem como o regime de *apartheid* estabelecido sobre a população negra. A Corte asseverou na decisão que, uma vez os direitos ameaçados pelo suposto exercício ilegal do mandato não estando sob titularidade dos Estados peticionários, ela estaria impossibilitada de julgar o caso – pois nessa hipótese permitiria “o equivalente a uma ‘*actio popularis*’, ou direito de qualquer membro de uma comunidade de agir judicialmente em defesa de um interesse público internacional.” A CIJ afirmou que, embora alguns sistemas municipais conhecessem aquele instrumento processual, ele definitivamente não existiria no Direito Internacional. O entendimento de que não existiriam obrigações dirigidas à comunidade internacional como um todo proveio, em grande medida, do consenso formado em torno do então presidente da CIJ, Sir Percy Spender, a qual sofreu severas objeções de outros juízes como Philip Jessup e Kotaro Tanaka. Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Julgamento de 18 de julho de 1966. *South West Africa cases, Etiópia e Libéria v. África do Sul*, Haia, Países Baixos, pp. 3-55, 18 jul. 1966, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019, *passim*.

³³ Sobre o processo de desenvolvimento progressivo do direito da responsabilidade internacional pela CIJ, ver também: Tams, Christian; Tzanakopoulos, Antonios, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 23, ed. 4a., 2010, pp. 781-800, *passim*.

³⁴ Conselho de Segurança da ONU [CSNU], S/RES/276, “Resolução 276”, 30 de janeiro de 1970, disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/276>.

cionalmente, e seus atos administrativos e legislativos relativos ao território ocupado deveriam ser considerados nulos.³⁵ Ao examinar as consequências do descumprimento da resolução, a CIJ adicionou que a obrigação deveria ser oponível a todos os Estados, inclusive aqueles não-signatários da Carta das Nações Unidas, bem como os exortou a não travar relações diplomáticas no território ocupado.

A Opinião Consultiva avançou o debate em relação à obrigação de não-reconhecimento em algumas frentes: por um lado, emendou o argumento apresentado em *Barcelona Traction* no sentido de conceber consequências palpáveis da violação de normas peremptórias —de modo a conferir uma dimensão positiva (um ‘fazer’) ao conteúdo da obrigação— e, por outro, apontou no sentido de garanti-la um caráter geral, oponível a todos os Estados pois decorrente de uma resolução do CSNU.³⁶ Com o intuito de estipular o conteúdo do dever, a Corte exortou os Estados a não se engajarem em tratados cujo objeto era, em todo ou em parte, o território ocupado, bem como de não travar nele relações diplomáticas — o que favoreceria a tese palestina de que missões diplomáticas não deveriam ser instaladas em territórios sob ocupação.

2. O caso concernente ao Timor Leste (Portugal v. Austrália)

Em 30 de junho de 1995, a Corte expediu sua sentença no *caso concernente ao Timor Leste*, o qual opôs Portugal e Austrália numa disputa relativa à execução do Tratado da Zona de Cooperação Econômica firmado entre Austrália e Indonésia em 1989, na esteira de tratados anteriores responsáveis pela delimitação das plataformas continentais dos Estados.³⁷ Ao apre-

³⁵ Corte Internacional de Justiça [CIJ], Opinião Consultiva de 21 de junho de 1971. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276*, Haia, Países Baixos. pp. 3-54, 21 jun. 1971, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019, par. 108.

³⁶ Asteriti, Alessandra e Tams, Christian, “*Erga omnes...*”, *op. cit.*, p. 99.

³⁷ Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Julgamento de 30 de junho de 1995. *Case concerning East Timor, Portugal v. Australia*, Haia, Países Baixos, pp. 3-54, 5 fev. 1970, disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/84>. Acesso em: 13 nov. 2019, par. 18. O tratado produzia efeitos sobre o território do Timor Leste —a zona oriental da pequena ilha do Timor, ocupada

sentar sua petição inicial à Corte, Portugal alegou que a Austrália, ao assinar e ratificar o referido tratado, bem como adotar as medidas legislativas necessárias para sua execução, ofendeu o direito do povo do Timor Leste à auto determinação e à soberania sobre seus recursos naturais, bem como os direitos de Portugal como Estado-administrador e as resoluções 384 e 389 do CSNU.³⁸ Nas palavras do então Ministro dos Negócios Estrangeiros da Austrália em 1978, os tratados responsáveis pela delimitação da plataforma continental firmados com a Indonésia ao longo da década de 1970 significariam “o reconhecimento *de jure* da incorporação do Timor Leste [pela Indonésia]”, apesar “da oposição consistentemente sustentada pelo governo [australiano] em relação ao método de incorporação”.³⁹ O caso não obteve, contudo, acesso à jurisdição da Corte.⁴⁰

Sem fazer menção à obrigação de não-reconhecimento, o caso *East Timor* revela algumas importantes características de sua natureza. Em primeiro lugar, estipula a estreita conexão entre a existência de resoluções de órgãos de segurança coletiva (notadamente, o CSNU) e a execução da obrigação

pela Indonésia em 1975 após a conclusão do mandato colonial exercido por Portugal. Este último se manteve, contudo, nos termos da resolução 3485 da AGNU, como ‘Estado-administrador’ do território. Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Julgamento de 30 de junho de 1995. *Ibidem*, par. 13.

³⁸ *Ibidem*, par. 19.

³⁹ *Ibidem*, par. 17.

⁴⁰ A Austrália objetou à petição ao argumentar que o recurso de Portugal exigiria que a Corte adjudicasse sobre os direitos e obrigações de um Estado-terceiro, notadamente a Indonésia. Portugal refutou-a ao afirmar que o princípio *Monetary Gold* —formulado pela própria Corte em 1955 com o objetivo de proteger direitos de terceiros de adjudicação sem o seu consentimento— não se aplicaria ao caso, uma vez que, ao contrair as obrigações do Tratado de 1989, a Austrália teria infringido uma obrigação *erga omnes* —respeitar a auto determinação do povo do Timor Leste— e, por consequência, reconhecido um ato internacional ilícito praticado pela Indonésia, bem como a situação dele decorrente. Ao ponderar sobre o argumento português, a Corte afirmou que a o direito à autodeterminação, assim como a obrigação dele decorrente, teriam evidente caráter *erga omnes*. Entretanto, notou a diferença entre o exercício à jurisdição da Corte e a natureza *erga omnes* da obrigação motivadora do caso, de modo a afirmar que o exercício de sua jurisdição estaria comprometido até mesmo em casos concernentes a obrigações de oponibilidade geral quando um Estado detentor dos direitos sob adjudicação não fosse parte no caso. Nesse sentido, a Corte estaria impedida de exercer sua jurisdição uma vez que, para adjudicar sobre os atos cometidos pela Austrália contra a autodeterminação timorense e os direitos de Portugal como Estado administrador, seria necessário, invariavelmente, avaliar à legalidade da conduta da Indonésia sobre o território e, por consequência, o reconhecimento australiano de tal legalidade. *Ibidem*, pars. 16, 29 e 35.

em análise, de modo a relativizar sua eficácia em casos em que tais resoluções são ausentes. É interessante notar que, embora as resoluções 384 e 389 do CSNU não exortem os Estados diretamente a ‘não-reconhecer’ a ocupação do Timor Leste, mas apenas a ‘cooperar para levar ao fim’ tal situação, a petição portuguesa parece avançar a tese de que as obrigações presentes no artigo 41 dos DARS são indissociáveis, e que uma das formas de se ‘cooperar para levar ao fim’ é, justamente, evitar o reconhecimento de atos ilícitos. A petição assevera que não apenas a assinatura e ratificação do tratado de cooperação entre Austrália e Indonésia são evidências suficientes do reconhecimento australiano da ocupação territorial sobre o Timor, mas também são o próprio objeto do caso.⁴¹ A réplica australiana alegou a existência não de um ‘dever’ de não-reconhecimento, mas de uma ‘liberdade’ tutelada pelos Estados para reconhecer ou não anexações territoriais conduzidas por seus pares. Esta tese pode ser lida em contraste com a interpretação sugerida das resoluções do CSNU e com o *dictum* da própria Corte na Opinião Consultiva sobre a Namíbia de 1971.

Em segundo lugar, com fundamento no desenvolvimento da prática das Nações Unidas e na própria Carta da ONU, a Corte afirma ser ‘irretocável’ a alegação portuguesa de que o direito à autodeterminação tem caráter *erga omnes*⁴² e, portanto, enseja as obrigações próprias de tais normas as quais possuem também natureza peremptória caso sejam violadas — *e.g.* a obrigação de não-reconhecimento. O caso nota, tão logo, a condição singular das situações de anexação territorial mediante uso ilegal da força dentre as demais violações de normas peremptórias no que concerne ao dever de não-reconhecimento.⁴³

Em terceiro lugar, o caso denota a separação entre a dimensão material e processual dos litígios adjudicados pela Corte, afirmando que a natureza *erga omnes* da obrigação violada não é suficiente para superar o óbice de uma base de jurisdição ausente relativa a um Estado-terceiro afetado pelo julgamento. As três considerações são de vital relevância para o caso *Palestina v. Estados Unidos*.

⁴¹ *Ibidem*, par. 16.

⁴² *Ibidem*, par. 19.

⁴³ Ainda existe uma carência de estudos relativos à aplicabilidade, ao conteúdo e à execução de uma obrigação de não-reconhecimento — e, porque não, do dever de cooperação — à violação de normas peremptórias outras, que não o direito à autodeterminação (por exemplo, a proibição ao genocídio, à escravidão, ao apartheid e à tortura).

3. *A Opinião Consultiva sobre a construção do muro em território palestino ocupado*

Em 9 de julho de 2004 a Corte expediu sua Opinião Consultiva sobre *as consequências jurídicas da construção de um muro em território palestino ocupado*, requisitada pela AGNU em dezembro de 2003 por força da resolução ES 10/14.⁴⁴ Ao realizar uma análise detida do traçado e das características do muro construído por Israel, bem como do direito aplicável, a Corte notou a ilegalidade das incursões e assentamentos realizados por aquele Estado de 1967 em diante no território oriental à linha traçada no Plano de Partição de 1949⁴⁵ bem como inúmeras violações de convenções de Direito Humanitário e de Direitos Humanos, de resoluções do CSNU e da AGNU e de resoluções do Comitê de Direitos Humanos da ONU, algumas das quais continham obrigações devidas à comunidade internacional como um todo.⁴⁶

A Corte notou que diversos Estados, em suas observações orais e escritas, argumentaram que a construção do muro produziria consequências jurídicas não apenas para Israel, enquanto detentor da obrigação principal, mas também para outros Estados e para a comunidade internacional. Nesse sentido, a Corte afirmou que todos os Estados estariam sob a obrigação de

⁴⁴ Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Opinião Consultiva de 9 de julho de 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Haia, Países Baixos. pp. 3-71, 9 jul. 2004, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019, par. 14 e A Opinião foi requerida em contexto de intensa represália no CSNU e na AGNU contra os assentamentos israelenses levados adiante entre 1997 e 2003 em territórios palestinos e na região de Jerusalém Oriental. De antemão, em 20 de outubro de 2003, a AGNU expedira sua resolução ES 10/13, a qual exortava Israel a reverter a construção de um muro entre o suposto território israelense e o palestino – o qual se afastava da linha de fronteira traçada no Plano de Armistício de 1949. *Ibidem*, par. 21. Embora Israel tenha objetado à jurisdição, sustentando que jamais havia conferido à CIJ a competência para adjudicar sobre títulos territoriais, bem como que a disputa tinha caráter essencialmente político e impedia a resolução pacífica da controvérsia entre Israel e Palestina, a Corte julgou tais objeções improcedentes e incapazes de serem óbices ao exercício de sua jurisdição consultiva. *Ibidem*, par. 58 e 65.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 78.

⁴⁶ *Idem*. Dentre outras, a Carta das Nações Unidas, as resoluções 26/25, 56/60 e 58/97 da AGNU, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Quarta Convenção da Haia, a Quarta Convenção de Genebra e as resoluções 237, 446, 681 e 799 do CSNU.

uma vez comprovada a ilegalidade dos atos cometidos por Israel, não reconhecer a situação deles decorrente, bem como não oferecer nenhum auxílio capaz de perpetuá-la e cooperar para levá-la ao fim por meio da garantia de reparações.⁴⁷

Em função da coincidência geográfica com o caso *Palestina v. Estados Unidos*, a Opinião Consultiva sobre o muro construído por Israel não apenas reitera o caso *East Timor* ao afirmar a natureza *erga omnes* da obrigação de não-reconhecimento de uma situação gerada em função de uma violação ao direito à autodeterminação, mas o faz em relação ao mesmo contexto aviltado em 2018 pela Palestina. Além, embora não faça referência direta aos DARS, a Corte formulou o texto de sua Opinião Consultiva em conformidade com os artigos 41(2), 48 e 54⁴⁸ e afirmou que a obrigação de não-reconhecer a aquisição de território por via de um ato de agressão compõe o costume internacional.⁴⁹ Neste sentido, a CIJ avançou ao reconhecer não somente o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação, mas também das obrigações decorrentes de sua violação.⁵⁰ Este precedente é, tão logo, de vital importância para o caso sob análise, uma vez que confirma, por meio da decisão de um tribunal internacional, a ilegalidade dos atos cometidos por Israel em 1967 e da situação por eles instaurada já indicada anteriormente pelo CSNU.⁵¹

⁴⁷ *Ibidem*, par. 144-146.

⁴⁸ “In this sense, *The Wall* can be seen not only as endorsing the ILC provisions on communitarian norms set out in ARSIWA Article 48 and at least envisaged as possible by Article 54, but also as going a step further in the development of the consequences of *erga omnes* obligations.” Crawford, James, “State Responsibility...”, *op. cit.*, p. 348.

⁴⁹ Talmon, Stefan, “The Duty...”, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁰ Gareau, Jean-François, “Shouting at the wall: self-determination and the legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 18, no. 3, 2005, pp. 518 e 519.

⁵¹ Os territórios situados entre a Linha Verde... e a antiga fronteira oriental da Palestina sob o Mandato foram ocupados por Israel em 1967 durante o conflito armado entre Israel e Jordânia. De acordo com o direito internacional consuetudinário estes eram, portanto, territórios ocupados nos quais Israel tinha o *status* de Estado ocupante. Os acontecimentos subsequentes nestes territórios (...) nada contribuíram para alterar esta situação. Todos esses territórios (incluindo Jerusalém Oriental) permanecem territórios ocupados e Israel continua a ter o *status* de potência ocupante. Corte Internacional de Justiça [CIJ]. Opinião Consultiva de 9 de julho de 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Haia, Países Baixos, pp. 3-71, 9 jul. 2004, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019, par. 78.

IV. A APLICABILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE NÃO RECONHECIMENTO AO CASO *PALESTINA V. ESTADOS UNIDOS*

1. *A suposta ilegalidade da transferência da embaixada dos EUA*

A embaixada dos United States of America em Jerusalém está instalada em um imóvel localizado no bairro de Arnona, cuja extensão se encontra majoritariamente em Jerusalém Ocidental e, parcialmente na *no man's land* —um título precário enquanto definição jurídica e compreendido analogamente como *terra nullius* ou zona desmilitarizada. Por consequência, a Palestina, em sua petição inicial, alegou que a embaixada fora instalada em território ocupado, e não em território israelense, uma vez que a *no man's land* não compõe o hemisfério ocidental de Jerusalém.

Os antecedentes da demarcação desta zona remontam à Resolução 181 (II)⁵² de 29 de novembro de 1947, a qual tinha o objetivo de criar o Estado de Israel e propor um plano de partição do então território britânico da Palestina entre judeus e muçulmanos. A AGNU determinou que 55% do território seria destinado a Israel, enquanto 45% à Palestina, e Jerusalém seria considerada um *corpus separatum* sob a administração das Nações Unidas.⁵³ Contudo, as disposições do Plano foram rejeitadas pela Liga Árabe e igualmente ignoradas pelas forças militares israelenses no curso da Guerra Árabe-Israelense, as quais anexaram quase 60% da área anteriormente concebida como território palestino.⁵⁴ Israel ocupou Jerusalém Ocidental

⁵² Assembleia Geral da ONU [AGNU]. Resolução A/RES-181 (II), UN Doc A/C.2/36/SR.54, 29 de novembro de 1947.

⁵³ “The City of Jerusalem shall be established as a *corpus separatum* under a special international regime... the City of Jerusalem shall include the present municipality of Jerusalem plus the surrounding villages and towns, the most eastern of which shall be Abu Dis; the most southern, Bethlehem; the most western, Ein Karim (including also the built-up area of Motsa); and the most northern Shu'fat”. *Idem*.

⁵⁴ A Assembleia Geral procedeu à organização de um Comitê *ad hoc* sobre a Palestina, composto por todos os Estados membros da ONU, para fazer uma proposta final. Em 25 de novembro de 1947, o Comitê *ad hoc* aprovou o plano majoritário do Comitê Especial para participar da união econômica. A votação foi de 25 a favor, 13 contra e 17 abstenções. Isso foi suficiente para a aprovação do Comitê, uma vez que apenas era necessária a maioria dos votos. No entanto, não seria suficiente para a Assembleia Geral, que precisava de dois terços dos votos. Porém, em 29 de novembro de 1947, a Assembleia Geral da ONU, na qual estavam representados os mesmos cinquenta e sete Estados, adotou o plano de divisão com a união

e outras zonas, como Jaffa, Galileia e parte da Cisjordânia. Ao repartir o território palestino —e Jerusalém— a linha do Armistício foi esboçada por líderes militares de Israel e da Jordânia. Sob os termos do cessar-fogo, a região a leste da linha traçada seria administrada pela Jordânia, enquanto a região a oeste ficaria sob a soberania de Israel. Entre essas linhas, no entanto, uma terceira área foi traçada no centro de Jerusalém: quase 750 acres de território foram designados como *no man's land*.⁵⁵ A AGNU, por sua vez, reiterou a afirmação de que Jerusalém deveria permanecer como um *corpus separatum* em sua resolução 303(IV).⁵⁶

A situação permaneceu relativamente estável até 1967 - exceto pela breve invasão da península do Sinai por Israel em 1956, durante a Crise de Suez. Com o início da Guerra dos Seis Dias em junho de 1967 e, em particular, com a tomada de Jerusalém Oriental em 25 de junho daquele ano, toda a cidade ficou sob jurisdição israelense e o *status* internacional de Jerusalém tornou-se mais nebuloso.⁵⁷ Um memorando do Ministério das Relações Exteriores de Israel declarou a soberania não apenas sobre Jerusalém Oriental, mas também sobre a *no man's land*, confirmando a ocupação de toda a Cidade Santa.⁵⁸

econômica da Resolução 181, em uma votação de 33 votos a favor, 13 contra e 10 abstenções. Quigley, John, "The Statehood...", *op. cit.*, p. 92.

⁵⁵ Hughes, David, "The United States Embassy in Jerusalem: does location matters?", *Questions of International Law*, Nápoles, Itália, Zoom In, 31 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/relocation-us-embassy-jerusalem-obligation-non-recognition-international-law/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁵⁶ Assembleia Geral da ONU [AGNU]. Resolução A/RES-303 (IV), UN Doc A/C.1/38/SR.57, 9 de dezembro de 1949.

⁵⁷ Em maio de 1967, o presidente egípcio Gamal Abdel Nasser, percebendo a perspectiva de um ataque israelense no território do Sinai, exigiu a retirada imediata da Força-Tarefa de Urgência da ONU da região e transferiu um número substancial de forças armadas egípcias para a cidade costeira de Sharm-el-Sheik, um ponto estratégico do território egípcio em função de sua proximidade do Canal de Suez. O então Secretário-Geral da ONU UThant definiu que, uma vez tendo Israel categoricamente recusado a abrigar a força-tarefa em seu próprio território (embora tenha consentido com sua criação) a denúncia egípcia dos Tratados do Cairo —responsáveis por criar a Força— o deixaria sem escolhas senão ordenar a retirada da força-tarefa. Em face da escalada de tensão na região, Israel, em junho de 1967, atacou seus principais vizinhos árabes (Egito, Síria e Jordânia) e deu início à Guerra dos Seis Dias. Guillaume, Gilbert, *Les grandes crises internationales et le droit*, Paris, Éditions du Seuil, 1994, p. 163 e 164.

⁵⁸ Hughes, David, "The United States Embassy...", *op. cit.*

Em 22 de novembro de 1967, logo após o início dos ataques armados israelenses contra seus vizinhos árabes, o CSNU aprovou a Resolução 242. A resolução foi uma tentativa de se conciliar as teses israelenses e árabes sobre a questão de Jerusalém, bem como de cessar as atrocidades entre os beligerantes. Enquanto os países árabes exigiam a retirada das tropas israelenses de todos os territórios ocupados como condição para o estabelecimento de um acordo de paz, o governo de Israel somente consentiria com a retirada se seus supostos direitos territoriais fossem assegurados.⁵⁹ Entretanto, a resolução não exortou diretamente a retirada de Israel de *todos* os territórios ocupados após 5 de junho de 1967, optando pela solução de *compromis*, a qual requisitou “a retirada das forças armadas de Israel de territórios ocupados no recente conflito.” (CSNU, 1967). A omissão notável é a palavras ‘*todos*’ precedente a ‘*territórios*’, sem a qual a delimitação de quais dentre os territórios ocupados deveriam ser abandonados pelas forças armadas tornou-se praticamente impossível a partir da Resolução 242.⁶⁰

Logo, desde 1967, a seção oriental de Jerusalém vem sendo considerada pela prática dos Estados no CSNU como território ocupado, de modo que alguns optaram por instalar suas missões diplomáticas na cidade costeira de Tel Aviv. A força vinculativa da resolução 242 foi também disputada por Israel sob o argumento de que aquela fora adotada no âmbito do Capítulo VI (Resolução pacífica de controvérsias) da Carta das Nações Unidas, o qual, ao contrário do Capítulo VII (ameaças à paz, violações da paz e atos de agressão), não tem expressamente garantida a natureza compulsória das resoluções produzidas sob seus artigos, independente de sua elaboração pelo próprio CSNU. Como consequência, Israel utilizou a origem da resolução como um alibi para legitimar sua jurisdição sobre a cidade inteira.⁶¹ Alguns Estados se opuserem ao notar a ilegalidade da argumentação, uma vez que a proibição da aquisição de territórios pelo uso da força é corolário do disposto no artigo 2(4) da Carta da ONU e reflexo das normas de direito costumeiro e *jus cogens*, bem pelo fato de ir de encontro com as competências e o poder de decisão do CSNU descritos pela CIJ em *Namibia*.

⁵⁹ Guillaume, Gilbert, “Les grandes crises...”, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁰ Goldberg, Arthur, “What Resolution 242 really said”, *American Foreign Policy Interests*, vol. 33, 2011, p. 44.

⁶¹ Rosenne, Meir, “Understanding Security Council Resolution 242”, *Jerusalem Center for Public Affairs*, disponível em: https://jcpa.org/requirements-for-defensible-borders/security_council_resolution_242/. Acesso em 21 de novembro de 2019.

Não obstante, o CSNU reafirmou sua convicção relativa à ilegalidade da ocupação israelense dos territórios invadidos em 1967 em resoluções subsequentes à 242 —notadamente, nas resoluções 252 (1968), 267 (1969), 271 (1969) e 298 (1971). Em 1980, por ocasião da promulgação da Lei Básica (*Basic Law*) em Israel, a qual declarou Jerusalém como “una e indivisa capital do Estado de Israel”⁶² o CSNU adotou sua resolução 476 cujo texto exortava Israel a cessar todas as ações administrativas e legislativas destinadas a alterar o *status* internacional da cidade de Jerusalém.⁶³ Nesse sentido, a resolução 476 aponta também para a violação da própria resolução 242, uma vez que Israel falhou ao tentar convencer outros Estados de que seu título territorial sobre a cidade era legítimo e, não obstante, manteve-se nos territórios ocupados. Em função da recusa israelense ao cumprir a resolução 476, em 1982 o CSNU adotou a resolução 478, a qual exortava todos os Estados a não reconhecer qualquer ato administrativo ou legislativo de Israel cujo intuito seria alterar o *status* de Jerusalém, bem como a retirar suas representações diplomáticas da cidade.⁶⁴

Entre 1980 e 2016 a política externa americana relativa a Israel conheceu um período de pragmatização, de modo a gradualmente aproximar-se de uma solução negociada entre a Palestina e aquele Estado a qual garantisse o título territorial israelense sobre Jerusalém.⁶⁵ O Congresso dos EUA promulgou, em 1995, o *Jerusalem Embassy Act*, o qual exortava o Presidente e o Departamento de Estado a transferir a embaixada instalada em Tel Aviv para Jerusalém. Em virtude da oposição do então Presidente e do Departamento de Justiça —os quais enxergavam a lei como uma usurpação da competência constitucional presidencial— o Congresso aprovou uma segunda versão que garantia ao Presidente o poder de postergar a transferência.

A declaração norte-americana de 2017 impulsionou uma nova fase de debates sobre a questão da soberania israelense sobre Jerusalém nas Nações

⁶² Israel. *Basic Law: Jerusalem, capital of Israel*, 1980, tradução não-oficial [em inglês] disponível em: www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic10_eng.htm.

⁶³ Conselho de Segurança da Onu [CSNU]. Resolução 476. S/RES/476. 30 de junho de 1980, disponível em: <https://unispal.un.org/UNIPAL.NSF/O/6DE6DA8A650B4C3B852560DF00663826>.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Pertile, Marco e Faccio, Sondra, “What we talk about when we talk about Jerusalem: The duty of non-recognition and the prospects for peace after the US embassy’s relocation to the Holy City”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 33, no. 3, 2020, p. 7.

Unidas. O CSNU foi convocado em 8 de dezembro para ouvir o relatório sobre o tema elaborado pelo Coordenador Especial para o Processo de Paz no Oriente Médio e pelo Representante do Secretário-Geral.⁶⁶ Além disso, os projetos de resolução escritos no âmbito da AGNU pelo Iêmen e pela Turquia foram aprovados no escopo da Resolução ES 10/19, que, por sua vez, reafirmou a nulidade de atos unilaterais que visem a alteração do *status* de Jerusalém como um *corpus separatum*, lembrando a Resolução 478 do CSNU e o artigo 2 da Carta da ONU.⁶⁷ A Resolução foi aprovada com o placar de 128 votos favoráveis, 9 contrários (Guatemala, Honduras, Israel, Ilhas Marshall, Micronésia, Nauru, Palau, Togo e Estados Unidos), 21 faltantes e 35 abstenções.⁶⁸ O veto dos EUA impediu que a resolução proposta pelo Egito em 18 de dezembro de 2017, a qual sugeria a ilegalidade da declaração norte-americana e da transferência da embaixada, fosse aprovada no CSNU.⁶⁹ Em que pese a falta de uma resolução vinculativa, a declaração dos EUA foi prontamente considerada ilegal por quase todos os estados presentes na AGNU e no CSNU.⁷⁰ A resolução egípcia foi aprovada por todos os outros 14 Estados-membros do Conselho, incluindo os quatro membros permanentes, com a exceção dos EUA. Em particular, os Estados levantaram o dever de não reconhecer a aquisição de territórios pelo uso ilegal da força como a principal sustentação de seus posicionamentos, interpretando a transferência da embaixada dos EUA como um ato de reconhecimento da ocupação de Jerusalém Oriental por Israel.⁷¹

⁶⁶ Arcari, Maurizio, “The relocation of the US embassy to Jerusalem and the obligation of non-recognition in international law”, *Questions of International Law*, Nápoles, Zoom In, 31 de maio de 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/relocation-us-embassy-jerusalem-obligation-non-recognition-international-law/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Para um estudo comparativo e quantitativo da prática dos Estados em relação a transferência da embaixada no âmbito da AGNU e do CSNU, ver: Pertile, Marco e Faccio, Sondra, “What we talk about...”, *op. cit.*, p. 9-22.

⁶⁹ Arcari, Maurizio, “The relocation...”, *op. cit.*

⁷⁰ “Coming back to our case, the fact that the US decision to relocate the embassy to Jerusalem has been censured by a substantive number of States in both the SC and the GA seems to leave little room for a formalistic reading of the obligation of non-recognition, based on the artificial distinction between the formal recognition of the legality of a situation and the factual endorsement of its material consequences”. *Idem*.

⁷¹ Castellarin, Emmanuel, “Le déplacement à Jérusalem de l’ambassade des Etats-Unis en Israël: questions autour de l’obligation de non-reconnaissance”, *Questions of International*

A suposta ilegalidade foi fundamentada por dois raciocínios distintos: em *primeiro lugar*, o fato de que Israel anexou Jerusalém Oriental e a *no man's land* por meio de um ato de agressão justificado como legítima defesa em 1967. A anexação consistiria em uma violação do artigo 2 (4) da Carta das Nações Unidas, a qual é reflexo (i) da norma costumeira de proibição da agressão e (ii) da norma de *jus cogens* de proibição da agressão —e de seu corolário que proíbe a anexação territorial por meio daquela. Em *segundo lugar*, o fato de que a presença israelense em Jerusalém Oriental também violaria o tratado de armistício de 1948 com a Jordânia, o qual limitaria a soberania israelense à metade ocidental da cidade. Este último argumento, no entanto, é contestável, uma vez que a Jordânia abdicou definitivamente de seus direitos sobre qualquer território palestino em 1988⁷² e, por consequência, alega-se que Israel não deveria manter as obrigações pactuadas em 1949.⁷³ Em todo caso, o título territorial de Jerusalém Ocidental pertenceria a Israel —por força do Tratado de Armistício com a Jordânia de 1949, de um lado, ou da aquiescência da comunidade internacional, de outro, enquanto Jerusalém Oriental e a *no man's land* seriam considerados, ambos, territórios ocupados por Israel desde 1967.⁷⁴ Para além das evidentes limitações políticas, contudo, nada impede a argumentação de que Jerusalém, una e indivisa, segundo o Plano de Partição de 1947, trata-se de um *corpus separatum* de qualquer Estado, de modo que o exercício de qualquer título territorial sobre a cidade seria manifestamente contrário ao Direito Internacional.

Em função do exposto acima, é possível notar que, caso a interpretação palestina do artigo 3 da CVRD prove-se verdadeira —*i.e.* a obrigatorie-

Law, Nápoles, Itália, Zoom In, 31 de maio 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/forthcoming-6/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁷² O anúncio do rei Hussein da Jordânia pode ser lido em: http://www.kinghussein.gov.jo/88_july31.html.

⁷³ Conforme Castellarin: “Adoptée (avec l’abstention des Etats-Unis) en réaction à l’adoption par Israël de la loi fondamentale déclarant Jérusalem capitale ‘une et indivisible’, elle ‘demande ... aux Etats qui ont établi des missions diplomatiques à Jérusalem de retirer ces missions de la Ville sainte’. A première vue, le pas-sage concerné pourrait exprimer une recommandation, ce qui refléterait la volonté du CS de ne pas faire usage de son pouvoir d’établir une obligation dans l’avis consultatif sur la Namibie la CIJ le déplacement de l’ambassade des Etats-Unis est incompatible avec la résolution 478 (1980)”. Castellarin, Emmanuel, “Le déplacement...”, *op. cit.*

⁷⁴ *Idem.*

dade de que as representações diplomáticas devam compulsoriamente ser instaladas *em territórios não ocupados pelo Estado acreditado*— há condições para se defender que a embaixada dos EUA recém-instalada em Jerusalém está localizada em território ocupado. Note-se que não há necessidade de se adjudicar em relação ao título territorial da *no man's land* —se aquele é ou não de posse palestina— mas tão somente verificar que este, assim como Jerusalém Oriental, não são parte do território israelense —afirmações corroboradas pelas resoluções do CSNU e pela Opinião Consultiva da CIJ discutidas anteriormente—. Nesse sentido, a violação da obrigação de não-reconhecimento insurgiria como consequência da realocação da embaixada em um imóvel localizado, ainda que parcialmente, em território sob ocupação, a qual demonstraria a aquiescência, por parte dos Estados Unidos, do título territorial israelense sobre toda a cidade, bem como produziria responsabilidade internacional ao Estado acreditante.

2. *Objecções à obrigação de não-reconhecimento em Palestina v. Estados Unidos de América*

Diversas objeções foram elencadas anteriormente quanto à existência, o conteúdo e a execução de uma obrigação de não-reconhecimento em geral as quais, indubitavelmente, podem ser levantadas no caso sob análise. É preciso verificar se as circunstâncias encontradas em *Palestina v. Estados Unidos* são suficientes para afastar tais questionamentos.

A primeira objeção diz respeito ao fato de que alguns Estados se manifestaram no sentido de disputar a qualidade auto executória da obrigação de não reconhecimento, alegando que sua execução estaria condicionada à existência de uma resolução de um órgão de segurança regional ou global que comandasse a sua execução expressamente. Trata-se de uma objeção razoável, dado o número irrisório de prática em que os Estados, na ausência de uma resolução do CSNU, exortaram a si mesmos a não reconhecer a situação gerada por um ato ilícito cometido por um de seus pares. Não há, contudo, nos termos do artigo 41(2) dos DARS, nenhuma relação de dependência entre resoluções do Conselho e a recusa ao reconhecimento.⁷⁵

⁷⁵ Ainda nos anos 1980, o anteprojeto da CDI contava com a previsão de que a obrigação de não-reconhecimento estaria submetida, *mutatis mutandis*, a procedimentos incorporados na

Ainda, o CSNU já dispôs aos Estados uma obrigação de não-reconhecimento da ocupação de territórios palestinos por Israel na Resolução 478 a mesma a qual comandou os Estados a retirarem suas missões diplomáticas de Jerusalém. Logo, não há de se falar em ausência de coordenação multilateral no processo de execução da obrigação de não reconhecimento em Jerusalém. Em adição, o dever de não-reconhecimento foi o principal argumento levantado pelos Estados no CSNU durante a sessão emergencial que debateu a transferência da embaixada dos EUA em 18 de dezembro de 2017 e foi igualmente reafirmada em 21 de dezembro do mesmo ano pela AGNU em sua Resolução ES-10/L.22.⁷⁶ Arcari nota que, ao sustentarem seus votos no CSNU e na AGNU, grande parte dos Estados fez menção à norma costumeira (ou princípio geral) inscrito na Declaração de Princípios do Direito Internacional de 1970 que proíbe a aquisição de território por meio de um ato de agressão —o que advoga em favor de uma execução independente da obrigação, visto que não há requisito equivalente de coordenação multilateral para a execução de outras normas costumeiras.⁷⁷

Ainda sobre a execução, Arcari recorda que, ao sustentar seu veto no CSNU, os EUA afirmaram que a Resolução 478 de 1980 não impunha nenhuma restrição ao seu direito de estabelecer relações diplomáticas com Israel conforme a vontade de ambos os Estados. Todavia, o representante da França no Conselho refutou o argumento ao asseverar que a Resolução 478 tão somente reafirmava o compromisso dos demais Estados-membros com o Direito Internacional, não criando nenhuma obrigação original, mas sim afirmando sua existência enquanto norma costumeira. No entanto, embora não adotada sob o Capítulo VII da Carta da ONU, a compulsoriedade da resolução poderia ser facilmente argumentada com fundamento no poder geral de decisão garantido ao Conselho pelo art. 25 da Carta —o qual fora sublinhado pela própria CIJ por ocasião da Opinião Consultiva sobre a Namíbia.⁷⁸

Vale recordar que a sensível natureza política do CSNU já foi suscitada enquanto argumento para sustentar sua ineficácia como organismo de coordenação de represálias a violações de normas peremptórias —notadamente

Carta da ONU. No entanto, esta previsão inexistente nos Artigos aprovados em 2001. Talmon, Stefan, “The Duty...”, *op. cit.*, p. 231.

⁷⁶ Assembleia Geral da ONU [AGNU]. Resolução A/RES-181 (II), UN Doc A/C.2/36/SR.54, 29 de novembro de 1947.

⁷⁷ Arcari, Maurizio, “The relocation...”, *op. cit.*

⁷⁸ *Idem.*

durante os anos 1940-1970. Inúmeras propostas foram introduzidas, no âmbito do 6º Comitê da AGNU e na própria CDI (pelo então *rapporteur* especial Arangio-Ruiz), no sentido de arquitetar novas estruturas e mecanismos de resposta a graves violações independentes do Conselho. Todavia, o caráter utópico e pouco funcional das propostas, as quais coordenavam um sem-fim de agências da Organização, acabaram por conhecer o ceticismo dos Estados e foram abandonadas.⁷⁹ Logo, uma possível execução de obrigações *erga omnes* relativas ao *status* de Jerusalém e articulada no seio das Nações Unidas ainda permaneceria largamente sob responsabilidade do CSNU.

Uma crítica mais contundente diz respeito à declaração de alguns Estados no âmbito do CSNU de que o não-reconhecimento da transferência da embaixada dos EUA tornaria este ato ‘inválido e nulo.’ É bastante improvável que um ato de não-reconhecimento coletivo produzisse uma invalidade *de jure*, de modo a anular o consentimento dos Estados nele envolvidos. O que parece se almejar com a obrigação de não-reconhecimento é antes provocar a ineficácia de um ato em contraste com o Direito Internacional do que a sua invalidade, no sentido de impedir que o Estado que praticou o ato de reconhecimento extraia dele benefícios.⁸⁰ Todavia, aqui é preciso notar que a Resolução ES- 10/19 da AGNU —a qual exorta os Estados a não reconhecer todas as decisões ou ações visando a alteração do *status* internacional de Jerusalém— recai não apenas sobre os atos que alteram tal *status* diretamente (como a ocupação levada a cabo por Israel) mas também indiretamente (como a transferência da embaixada dos EUA).⁸¹ Tal afirmação pode

⁷⁹ Klein, Pierre, “Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, no. 5, 2001, pp. 1241-1255.

⁸⁰ Arcari, Maurizio, “The relocation...”, *op. cit.*

⁸¹ Gaja nota a discrepância entre as obrigações de não-reconhecimento oriundas da violação de normas peremptórias e de normas comuns em sua análise sobre a Opinião Consultiva de 2004 sobre o muro construído por Israel: “Obligations not to recognize a certain situation or not to render aid or assistance may exist independently from the commission of a serious breach. Moreover, Article 16 on State responsibility considers that, under certain conditions, “a State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so”. However, it may conceivably occur that assistance would not *per se* be unlawful according to Article 16, for instance because it would not be intended to facilitate the commission of the internationally wrongful act. Even when aid or assistance would not otherwise be unlawful, Article 41, paragraph 2, on State responsibility sets forth certain obligations as the consequence of a serious breach. Clearly, these obligations are meaningful only when they do not overlap with obligations that are al-

ser lida em contraste com o artigo 41(2) dos DARS, o qual assevera que apenas a violação de uma norma peremptória poderá suscitar a obrigação de não-reconhecimento e a nulidade dos atos que conduziram à violação, o que não é o caso da transferência da embaixada.⁸² Logo, o caso *Palestina v. EUA* comporta, em última análise, duas obrigações de não-reconhecimento: uma devida por todos os Estados a seus pares, a qual os exorta a não reconhecer a ocupação territorial conduzida por Israel —pretensamente violada pelos EUA— e outra cujo objeto é a própria transferência da embaixada que, por sua vez, não pode produzir oponibilidade *erga omnes* aos Estados, uma vez que não se deu por resultado de uma violação de uma norma de peremptória. De acordo com Castellarin:

A situação é incomum: o objeto da [obrigação de] não reconhecimento é o próprio reconhecimento. Ou seja, trata-se de um caso em que a obrigação de não reconhecimento opera tanto como norma secundária (consequência da violação de *jus cogens* por Israel), como norma primária (violada por Estados Unidos) e novamente como norma secundária (consequência do ato ilícito dos Estados Unidos). Embora, em teoria, o não reconhecimento possa ser objeto de uma obrigação primária, na prática internacional, aquele é essencialmente uma norma secundária, que só se aplica como consequência da violação grave de um subconjunto de normas primárias, imperativas. O não-reconhecimento do *status* de Jerusalém estabelecido por Israel enriquece a prática já estabelecida, enquanto o não reconhecimento das medidas norte-americanas dá início a uma nova prática.⁸³

ready existing irrespective of the serious breach” e ainda “These cases are likely to be limited. It has also to be noted that non-recognition of a situation as lawful is a legal consequence that appears to be appropriate only in relation to the breach of certain obligations”. Gaja, Giorgio, “The protection...”, *op. cit.*, p. 134 e 135.

⁸² Castellarin, Emmanuel, “Le déplacement...”, *op. cit.* Neste sentido, a chamada teoria ‘fiduciária’ do *jus cogens* – a qual argumenta que as normas peremptórias são consequenciais ao dever soberano do Estado em relação aos seus cidadãos - parece encontrar dificuldades ao não ser capaz de arquitetar uma relação causal entre a soberania de um Estado e as obrigações *erga omnes* sob sua titularidade as quais, contudo, não são consequência da violação do *jus cogens* (por exemplo, a obrigação de não-reconhecimento insurgente após a transferência da embaixada). Criddle, Evan y Fox-Decent, Evan, “A Fiduciary Theory of Jus Cogens”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 34, no. 2, 2009, pp. 331-387, *passim*.

⁸³ “La situation est inhabituelle: la non-reconnaissance a pour objet une reconnaissance. En d’autres termes, il s’agit d’un cas dans lequel l’obligation de non-reconnaissance joue à la fois comme norme secondaire (conséquence de la violation du *jus cogens* par Israël), comme

Esta distinción aparentemente tecnicista trae consigo otra dificultad: a Resolución ES-10/19 da AGNU no afirma o caráter costumeiro da obrigação de não-reconhecimento referente à realocação em momento algum —a propósito, utiliza tão somente documentos onusianos (i.e. resoluções anteriores da própria AGNU e do CSNU) como fonte da obrigação, sem lançar mão do Direito Internacional geral.⁸⁴ Por consequência, uma vez que a obrigação de não-reconhecimento relativa à transferência da embaixada dos EUA não insurgiu graças à violação de uma norma de *jus cogens*, mas sim na esteira de uma obrigação *erga omnes* antecedente e, somado a isso, não teve seu caráter costumeiro afirmado pela resolução, não é possível aceitar a sua oponibilidade *erga omnes*. Em outras palavras, a não ser que fosse possível afirmar o caráter costumeiro de todas as obrigações de não-reconhecimento —e não somente daquelas, nos termos dos DARS, oriundas da violação de normas peremptórias— resta impossível afirmar que todos os Estados estariam sob a obrigação de não reconhecer a nova embaixada dos EUA em Jerusalém, bem como de evitar travar relações diplomáticas com a missão nela lotada. Nesse caso, os Estados estariam diante de uma *faculdade* para não reconhecer, e não de uma obrigação *strictu sensu*.⁸⁵

No que concerne ao conteúdo da obrigação, é difícil delimitar quais atos estariam sob sua incidência para além daqueles de natureza puramente formal —por exemplo, a emissão de declarações unilaterais de protesto ou os a denúncia de tratados cujo objeto é a embaixada.⁸⁶ Castellarin pondera que,

norme primaire (violée par les Etats-Unis) et à nouveau comme norme secondaire (conséquence du fait illicite des Etats-Unis). Bien qu'en théorie la non-reconnaissance puisse faire l'objet d'une obligation primaire, dans la pratique internationale il s'agit essentiellement d'une norme secondaire, qui ne s'applique qu'en conséquence de la violation grave d'un sous-ensemble des normes primaires, les normes impératives. La non-reconnaissance du statut de Jérusalem établi per Israël enrichit la pratique déjà établie, alors que la non-reconnaissance des mesures états-uniennes entame une pratique nouvelle". Castellarin, Emmanuel, "Le déplacement...", *op. cit.*

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ A preocupação em relação ao conteúdo da obrigação de não-reconhecimento foi apresentada pelo Juiz Kooijmans da Corte Internacional, em sua opinião dissidente no caso *The Wall*. A distinção decorre de uma interpretação distinta dos acontecimentos relativos à construção do muro: enquanto Kooijmans interpretou aquela como um fato da realidade, a Corte a interpretou como uma reivindicação territorial —a qual ensejaria imediatamente a obrigação de não reconhecê-la nos termos dos DARS— sem, contudo, oferecer um conteúdo a ser executado por força da obrigação. Talmon, Stefan, "The Duty...", *op. cit.*, p. 127.

enquanto a participação em um coquetel de recepção do novo embaixador dos EUA pode ser interpretado como um reconhecimento *de facto*, comparecer a uma reunião diplomática oficial na embaixada —em virtude de sua importância e relação com direta com os temas políticos afetos ao Estado acreditante— poderia ser compreendida como um reconhecimento *de jure*.⁸⁷ Ressalvada a distinção por vezes ilusória entre as duas modalidades de reconhecimento, o exemplo revela que o conteúdo da obrigação, embora conscrito às atividades praticadas por e para aquela missão diplomática, não pode ser afirmado *a priori*, cabendo à discricionariedade dos Estados considerar quais atos reconhecem, endossam ou auxiliam a perpetuar a situação ilícita. A questão agrava-se quando o ato de reconhecimento praticado é capaz de provocar, indiretamente, benefícios à Palestina —por exemplo, caso a embaixada em Jerusalém passasse a servir como consulado-geral acessível também ao povo palestino.

Previamente à expedição da declaração em dezembro de 2017 e a realocação da embaixada em maio de 2018, os EUA estavam sob a obrigação de não-reconhecer a soberania israelense sobre os territórios ocupados. O conteúdo desta obrigação poderia ser executado de diversas maneiras: (i) na recusa de estabelecer relações convencionais cujo objeto era, em todo ou em parte, o território ocupado (ou um bem nele instalado); (ii) na recusa de instalar missões diplomáticas no território ocupado (iii) na recusa em travar relações econômicas e comerciais cujo objeto era o território ocupado; (iv) na recusa de reconhecer como legítimos os atos administrativos, judiciais ou legislativos emitidos pelo Estado ocupante cujo objeto é o território ocupado ou pessoas nele domiciliadas, dentre outras.⁸⁸ A transferência marcou a violação da obrigação e, paralelamente, ensejou uma nova obrigação de não-reconhecimento por parte dos Estados-terceiros —a qual, por carregar de natureza *erga omnes* e depender da discricionariedade dos Estados para ser executada, incita ainda mais dúvidas em relação ao seu conteúdo.⁸⁹

⁸⁷ Castellarin, Emmanuel, “Le déplacement...”, *op. cit.*

⁸⁸ Christakis oferece uma extensa descrição de exemplos anteriores os quais ilustram cada uma destas hipóteses. Christakis, Théodore, “L’obligation...”, *op. cit.*, p. 231.

⁸⁹ Lagerwall indica que, dada a relação causal entre a obrigação de não-reconhecimento e o princípio *ex injuria jus non oritur*, é antes a reivindicação legal (jus) baseada em uma violação (ex injuria) a qual deve ser considerada inválida e não reconhecida. No caso de Jerusalém, ela aponta que, primariamente, é a afirmação de Israel de que possui o título territorial sobre toda a cidade, bem como que esta é a sua capital, a qual não deve ser reconhecida. Todavia, o

Qual é a obrigação (ou *faculdade*) conferida ao Estados frente a instalação de uma embaixada americana em Jerusalém?⁹⁰

Enfim, alguns críticos apontam para o fato de que a jurisdição israelense sobre Jerusalém Oriental e sobre os demais territórios ocupados trata-se de um ‘fato consumado’, e que os Estados não poderiam ser coibidos por organizações internacionais a reconhecer *de facto* uma situação irreversível. Ora, o reconhecimento *de facto* só tem sentido se for capaz de produzir efeitos benéficos ao Estado que emitiu o reconhecimento, de modo a expandir suas relações diplomáticas —o que, inevitavelmente, exigiria um reconhecimento *de jure* e, por consequência, violaria o princípio *ex injuria jus non oritur*. Além disso, um reconhecimento tácito ou explícito dos direitos territoriais de Israel sobre a metade oriental de Jerusalém iria, inevitavelmente, na contramão da prática dos Estados —os quais vem se opondo bilateralmente e no âmbito do CSNU a tal reconhecimento. As resoluções do CSNU não parecem caso a execução das obrigações nelas contidas não seja verificada, e ainda menos as obrigações próprias deixam de existir quando gozam de oponibilidade *erga omnes*.⁹¹

não-reconhecimento deve obrigatoriamente estender-se a manifestações secundárias de Estados-terceiros as quais corroboram para a perpetuação da violação, *e. g.* a afirmação dos EUA, pela declaração de 2017, que considera Jerusalém ‘una e indivisa’ como a capital de Israel. Lagerwall, Anne, “Non recognition of Jerusalem as Israel’s Capital: A Condition for International Law to Remain a Relevant Framework?”, *Questions of International Law*, Nápoles, Itália, Zoom In, 21 de julho de 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/non-recognition-jerusalem-israels-capital-condition-international-law-remain-relevant-framework/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁹⁰ Um questionamento possível diz respeito à possibilidade de que Estados-terceiros não-lesados pela transferência da embaixada adjudicassem demandas contra os EUA em nome de uma pretensa obrigação *erga omnes* de não-reconhecê-la. De Wet afirma que, para além da execução de contramedidas coletivas nos termos do artigo 54 dos DARS, a adjudicação na Corte Internacional é uma das formas de responder a violações de obrigações comunitárias. Resta saber se o mesmo é válido no caso de violações de normas comuns, e não de normas peremptórias — ou ainda, se a continuidade das relações diplomáticas com a missão dos EUA, ainda que indiretamente, auxilia ou perpetua a ocupação dos territórios por Israel em contraste com o *jus cogens*. De Wet, Erika, “Invoking Obligations *Erga Omnes* in the Twenty-First Century: Progressive Developments since Barcelona Traction”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 38, no. 1, 2013, pp. 12-17.

⁹¹ No que concerne à duração da obrigação de não-reconhecimento, exemplos anteriores provam que sua eficácia é longeva: o não-reconhecimento da Rodésia perdurou por 15 anos, enquanto o da ocupação sul-africana sobre a Namíbia por 20. A República Turca do Norte do Chipre não foi reconhecida pelos últimos 36 anos, bem como a ocupação israelense de

V. CONCLUSÃO

Em 1932, o então Secretário de Estado dos EUA, Henry Stimson, formulou a doutrina de não-reconhecimento de anexações territoriais via agressão —a qual foi sustentada por muitos de seus sucessores e por outros Estados na Liga das Nações— em face da anexação da província chinesa da Manchúria Pelo Japão. Pouco mais de 90 anos depois a doutrina de política externa parece ter oficialmente adentrado o regime de responsabilidade dos Estados: uma obrigação de *não-reconhecimento* de atos ilícitos, notadamente aqueles cometidos em violação de normas peremptórias, insurge como parte do costume internacional e com oponibilidade *erga omnes*.

As conclusões obtidas nesta breve investigação apontam para a existência de uma obrigação internacional de não-reconhecimento cujo objeto são os territórios sob ocupação israelense, em particular no hemisfério oriental da cidade de Jerusalém. A Corte Internacional de Justiça, em eventual exame do mérito do caso *Palestina v. Estados Unidos da América*, poderia reconhecer, no ato de realocação da embaixada norte-americana de Tel Aviv para Jerusalém, a violação daquela obrigação e o ensejamento de responsabilidade internacional dos Estados Unidos. Nesta hipótese, o trabalho demonstra que (i) a execução de tal obrigação não estaria necessariamente condicionada a um comando de um órgão de segurança coletiva, ainda que ela já tenha sido exortada por resoluções anteriores do CSNU concernentes à Jerusalém; (ii) a obrigação não incita inequivocamente a nulidade da declaração dos EUA e do ato do Departamento de Estado que realocou a embaixada, mas tão somente obriga os Estados a não reconhecê-los e a privá-los de eficácia; (iii) há uma segunda obrigação de não-reconhecimento direcionada aos Estados cujo objeto é a própria transferência da embaixada —a qual não parece gozar de oponibilidade *erga omnes*, pois não é consequência de uma séria violação de normas peremptórias; (iv) não há de se falar em duração ou caducidade da obrigação, de modo que esta deve perdurar enquanto a situação produzida pela violação subsistir e (v) o conteúdo da obrigação investigada comporta condutas diversas, como a recusa em estabelecer missões diplomáticas no território ocupado, em contrair obrigações convencionais

Jerusalém Oriental e das Colinas de Golã por 40. Enfim, o não-reconhecimento da ocupação soviética sobre as repúblicas bálticas perdurou por 51 anos. Talmon, Stefan, “The Duty...”, *op. cit.*, p. 122.

cujo objeto é o território ocupado ou bens nele localizados, o não-reconhecimento de atos administrativos, legislativos ou judiciais os quais envolvam o território ocupado ou pessoas nele domiciliadas, a interrupção de linhas aéreas, rodoviárias e ferroviárias, dentre outros.

Em eventual exame de mérito, a Corte adjudicaria sobre a cessação e a compensação devidas pelos Estados Unidos à parte lesada, bem como aplicar eventuais medidas de satisfação e garantias de não-repetição. Em igual medida, poderia sugerir novas consequências para a violação do dever de não-reconhecimento, bem como estipular seu conteúdo com fundamento na prática dos Estados.

Em abril de 2020, o então candidato à presidência dos EUA pelo Partido Democrata, Joe Biden, afirmou que, caso eleito, não revogaria a declaração 9683 e não realocaria a missão instalada em Jerusalém, embora discordasse da medida tomada por seu antecessor. A assertiva implica na continuidade do procedimento instaurado na CIJ, o qual, até o presente momento, ainda não conta com as observações em resposta da parte requerida.

VI. BIBLIOGRAFIA

- Assembleia Geral da ONU [AGNU], Resolução A/RES-181 (II), UN Doc A/C.2/36/SR.54, 29 de novembro de 1947.
- Assembleia Geral da ONU [AGNU], Resolução A/RES-303 (IV), UN Doc A/C.1/38/SR.57, 9 de dezembro de 1949.
- Assembleia Geral da ONU [AGNU], 6o. Comitê [Jurídico]. *Summary Record* da 14a. reunião, UN Doc A/C.6/56/SR.14, 13 de novembro de 2001.
- Assembleia Geral da ONU [AGNU], Resolução ES-10/L.22. UN Doc A/C.6/92/SR.14, 19 de dezembro de 2017.
- AGO, Roberto, “Características gerais da comunidade internacional e do seu direito”, trad. de Arno Dal Ri Jr., *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, vol. 29, no. 56, 2010.
- AKANDE, Dapo, “Palestine as a UN observer state: does this make Palestine a state?”, Firenze, *EJIL: Talk!*, 2018, disponível em: <https://www.ejiltalk.org/palestine-as-a-un-observer-state-does-this-make-palestine-a-state/>.
- ARCARI, Maurizio, “The relocation of the US embassy to Jerusalem and the obligation of non-recognition in international law”, *Questions of In-*

- ternational Law*, Nápoles, Zoom In, 31 de maio de 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/relocation-us-embassy-jerusalem-obligation-non-recognition-international-law/>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- ASTERITI, Alessandra e TAMS, Christian, “Erga omnes, jus cogens and their impact on the law of responsibility”, em EVANS, Malcolm e KOUTRAKIS, Panos (comp.), *The International Responsibility of the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- BASSIOUNI, Cherif, “International crimes: *jus cogens* and obligations *erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 16.
- BORDIN, Fernando Lusa, “Reflections of Customary International Law: the Authority of Codification Conventions and the ILC Draft Articles in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, no. 3, 2014.
- CAPPS, Patrick, “Lauterpacht’s method”, *British Yearbook of International Law*, vol. 82, no. 1, 2012.
- CASSESE, Antonio, “The Israel-PLO Agreement and Self Determination”. *European Journal of International Law*, Firenze, no. 4, 1993.
- CASTELLARIN, Emmanuel, “Le déplacement à Jérusalem de l’ambassade des Etats-Unis en Israël: questions autour de l’obligation de non-reconnaissance”, *Questions of International Law*, Nápoles, Itália, Zoom In, 31 de maio 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/forthcoming-6/>. Acesso em: 17 nov. 2019
- Comissão de Direito Internacional [CDI], Organização das Nações Unidas [ONU]. “*Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility*”, A/CN.4/291, Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II, 1976.
- Comissão de Direito Internacional [CDI], Organização das Nações Unidas [ONU]. “*Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*”, A/CN.4/318, Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II, n. Parte I, 1979.
- Comissão de Direito Internacional [CDI], “*Third Report on State Responsibility by Special Rapporteur*”, A/CN.4/354 e Corr.1 e Add.1 e 2, Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II (I), 1982.
- Comissão de Direito Internacional [CDI], Organização das Nações Unidas [ONU]. “*First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special*

Rapporteur”, A/CN.4/490, Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II, p. 1-80, 1998.

Comissão de Direito Internacional [CDI], Organização das Nações Unidas [ONU]. “*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II, n. Parte II, p. 31-143, 2001.

Conselho de Segurança da ONU [CSNU], S/RES/242, “Resolução 242”, 22 de novembro de 1967, disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/242>.

Conselho de Segurança da ONU [CSNU], S/RES/276, “Resolução 276”, 30 de janeiro de 1970, disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/276>.

Conselho de Segurança da ONU [CSNU], S/RES/283, “Resolução 283”, 29 de julho de 1970, disponível em: <http://unscr.com/en/resolutions/284>.

Conselho de Segurança da ONU [CSNU], “Resolução 476”, S/RES/476. 30 de junho de 1980, disponível em: <https://unispal.un.org/UNIPAL.NSF/0/6DE6DA8A650B4C3B852560DF00663826>.

Conselho de Segurança da ONU [CSNU], “Resolução 478”, S/RES/478. 20 de agosto de 1980, disponível em: <https://unispal.un.org/UNIPAL.NSF/0/6DE6DA8A650B4C3B852560DF00663826>.

Corte Internacional de Justiça [CIJ], Julgamento de 18 de julho de 1966. *South West Africa cases, Etiópia e Libéria v. África do Sul*, Haia, Países Baixos, pp. 3-55, 18 jul. 1966, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Corte Internacional de Justiça [CIJ], Julgamento de 5 de fevereiro de 1970. *Barcelona Traction, Light and Power Co: Bélgica v. Espanha*, Haia, Países Baixos, pp. 3-54, 5 fev. 1970, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Corte Internacional de Justiça [CIJ], Julgamento de 27 de junho de 1986. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nicarágua v Estados Unidos da América, Haia, Países Baixos, pp. 3-140, 27 jun. 1986, disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Corte Internacional de Justiça [CIJ], Julgamento de 30 de junho de 1995. *Case concerning East Timor, Portugal v. Australia*, Haia, Países Baixos, pp. 3-54, 5 fev. 1970, disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/84>. Acesso em: 13 nov. 2019.

- Corte Internacional de Justiça [CIJ], Opinião Consultiva de 21 de junho de 1971. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276*. Haia, Países Baixos. pp. 3-54, 21 jun. 1971, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- Corte Internacional de Justiça [CIJ], Opinião Consultiva de 9 de julho de 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Haia, Países Baixos. pp. 3-71, 9 jul. 2004, disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- Corte Internacional de Justiça [CIJ], Aplicação Instituinto Procedimentos [Application Instituting Proceedings] de 28 de setembro de 2018. *Relocation of the United States embassy to Jerusalem*. Haia, Países Baixos. pp. 2-18, 28 set. 2004, disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/176/176-20180928-APP-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019
- Corte Internacional de Justiça [CIJ], Aplicação Instituinto Procedimentos [Application Instituting Proceedings] de 22 de fevereiro de 1991. *Case concerning East Timor*. Haia, Países Baixos. pp. 2-133. 22 fev. 1991, disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/84/6809.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019
- CRAWFORD, James, *State Responsibility: The General Part*, 2a. ed, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013.
- CRAWFORD, James *et al.*, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, *The European Journal of International Law*, vol. 12, no. 5, 2001.
- CRIDDLE, Evan y FOX-DECENT, Evan, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, n. 2, 2009.
- CHRISTAKIS, Théodore, “L’obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d’autres actes enfreignant des règles fondamentales”, em TOMUSCHAT, Christian e THOUVENIN, Jean-Marc (comp.), *The fundamental rules of the International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes*, Amsterdam, Martinus Nijhoff, 2005.
- DE WET, Erika, “Invoking obligations erga omnes in the twenty-first century: progressive developments since Barcelona Traction”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 38, no. 1, 2013.

- Estados Unidos da América [EUA], Proclamação 9683 de 6 de dezembro de 2017, ‘*Recognising Jerusalem as the Capital of the State of Israel Relocating the United States Embassy to Israel to Jerusalem*’ *Federal Register*, vol. 82, no. 236 58331. 11 de dezembro de 2017.
- Gaja, Giorgio, *The protection of general interests in the international community*, Haia, The Hague Academy of International Law, 2011.
- GAREAU, Jean-François, “Shouting at the wall: self-determination and the legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 18, no. 3, 2005.
- GOLDBERG, Arthur, “What Resolution 242 really said”, *American Foreign Policy Interests*, vol. 33, 2011.
- GUILLAUME, Gilbert, *Les grandes crises internationales et le droit*, Paris, Éditions du Seuil, 1994.
- HUGHES, David, “The United States Embassy in Jerusalem: does location matters?”, *Questions of International Law*, Nápoles, Itália, Zoom In, 31 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/relocation-us-embassy-jerusalem-obligation-non-recognition-international-law/>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- Israel. *Basic Law: Jerusalem, capital of Israel*, 1980, tradução não-oficial [em inglês] disponível em: www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic10_eng.htm.
- KLEIN, Pierre, “Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, no. 5, 2001.
- LAGERWALL, Anne, “Non recognition of Jerusalem as Israel’s Capital: A condition for international law to remain a relevant framework?”, *Questions of International Law*, Nápoles, Itália, Zoom In, 21 de julho de 2018, disponível em: <http://www.qil-qdi.org/non-recognition-jerusalem-israels-capital-condition-international-law-remain-relevant-framework/>. Acesso em: 13 nov. 2019.
- MOERENHOUT, Tom, “The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements” Firenze, *EJIL: Talk!*, 4 de abril de 2017, disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- NOLTE, Georg, “From Dionisio Anzilotti to Robert Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of

- a Bilateral Conception of Inter-State Relations”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, ed. 4, 2002.
- NOLTE, Georg, “The International Law Commission and Community Interests”, *KFG Working Paper Series*, no. 7, Berlin Potsdam Research Group, The International Rule of Law – Rise or Decline?, Berlín, Maio de 2019.
- PELLET, Alain, “Remarques sur une révolution inachevée: le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des États”, *Annuaire Français de Droit International*, no. 42, Éditions du Conseil National de Recherche Scientifique, Paris, 1996.
- PELLET, Alain, “Les Rapports de Roberto Ago à la CDI sur la Responsabilité des États” *Forum du Droit International*, Paris, no. 4, 1996.
- PELLET, Alain, “The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and related texts”, em CRAWFORD, James *et al.*, *The Law of State Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, 2010.
- PERT, Alison, “The “Duty” of Non-recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties”, *Legal Studies Research Paper no. 13/96*, Sidney Law School, The University of Sidney, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2368618>.
- PERTILE, Marco e FACCIO, Sondra, “What we talk about when we talk about Jerusalem: The duty of non-recognition and the prospects for peace after the US embassy’s relocation to the Holy City”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 33, no. 3, 2020.
- QUIGLEY, John, *The Statehood of Palestine: international law in the Middle East Conflict?*, 4. ed., Nova York, Cambridge University Press, 2010.
- ROSENNE, Meir, “Understanding Security Council Resolution 242”, *Jerusalem Center for Public Affairs*, disponível em: https://jcpa.org/requirements-for-defensible-borders/security_council_resolution_242/. Acesso em 21 de novembro de 2019.
- SPINEDI, Marina, “From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility”, *The European Journal of International Law*, vol. 13, ed. 5, 2001.
- TALMON, Stefan, “The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?” em TOMUSCHAT, Christian e THOUVENIN, Jean-Marc (comp.), *The fundamental rules of the*

International Legal Order: jus cogens and obligations erga omnes, Amsterdam, Martinus Nijhoff, 2005.

TAMS, Christian e TZANAKOPOULOS, Antonios, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, *The Leiden Journal of International Law*, vol. 23, ed. 4, 2010.

TAMS, Christian e ASTERITI, Alessandra, “*Erga omnes, jus cogens*, and their impact on the Law of Responsibility”, em EVANS, Malcolm e KOUTRAKIS, Panos (comp.), *The international responsibility of the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

VILLALPANDO, Santiago, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 21, no. 2, 2010.

Nuevos derechos en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿debe importarse el “derecho al olvido” de la Unión Europea?

New Rights in the Inter-American System on Human Rights: Should the European Union’s “Right to Be Forgotten” Be Imported?

Nouveaux droits au système interaméricaine des droits de l’homme: faut-il importer le “droit à l’oubli” de L’Union Européenne?

Trilce Gabriela Valdivia Aguilar*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La versión “europea” del “derecho al olvido”*. III. *Nuevos derechos en el SIDH*. IV. *El derecho al olvido: ¿un nuevo derecho en el SIDH?* V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

* Universidad Católica San Pablo, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6842-1632>, tvaldivia@ucsp.edu.pe.

Artículo recibido el 18 de agosto de 2020

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 431-476
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: Este trabajo tiene como propósito esclarecer si el derecho al olvido, como ha sido propuesto y desarrollado por la Corte de Justicia de la Unión Europea, debería ser reconocido como un nuevo derecho en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). En este texto, tras explorar las distintas vías por las que este reconocimiento podría materializarse, se sostiene que las fuentes formales del SIDH no han concedido a la privacidad informativa, en la forma del “derecho al olvido”, el estatus de un nuevo derecho adscrito al artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo, se sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podría otorgarle razonablemente un estatus de dicha naturaleza, sin armonizar, al mismo tiempo, su contenido con otras garantías de la CADH, principalmente las referidas a la protección del derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: derecho al olvido, libertad de expresión, derecho a la vida privada, protección de datos personales, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: This work aims to clarify whether the right to be forgotten as framed by the European Court of Justice should be recognized as an implicit right to the American Convention on Human Rights. After exploring the different avenues for its recognition, it argues that the formal sources of the Inter-American Human Rights System have not granted informational privacy in the form of the “right to be forgotten” the status aforementioned. Moreover, it upholds that the Inter-American Court of Human Rights could not reasonably grant it such a status, without harmonizing its content with other rights, particularly the guarantees that protect the right to freedom of expression.

Key words: right to be forgotten, freedom of expression, right to privacy, personal data protection, Inter-American Court of Human Rights.

RÉSUMÉ: Le but de ce travail est de clarifier si le “droit à l’oubli”, tel que proposé et développé par la Court de Justice de l’ Union Européene, doit être reconnu comme un droit implicite dans le Système Interaméricain des Droits de l’homme. Dans cet article, après avoir exploré les différentes manières dont cette reconnaissance pourrait se matérialiser, il est soutenu que les sources formelles du Système Interaméricain n’ont pas accordé le “droit à l’oubli” le statut d’un nouveau droit dérivé de l’article 11 de la Convention Américaine relative aux Droits de l’homme. De même, il est soutenu que la Cour Interaméricaine de Droits de l’homme ne pouvait lui accorder un statut de cette nature sans harmoniser raisonnablement son contenu avec d’autres garanties de la Convention, principalement celles faisant référence à la protection du droit à la liberté d’expression.

Mots-clés: droit à l’oubli, liberté d’ expression, vie privée, Cour Interaméricaine des Droits de l’ homme.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del *caso Mario Costeja*, expedida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2014, reconoció el ahora famoso “derecho al olvido”. Este derecho no es del todo nuevo en el vecindario de los derechos humanos, puesto que diversos tribunales han otorgado a hechos vergonzosos del pasado alguna protección a través la protección del derecho a la vida privada,¹ no obstante, su aplicación al contexto de notas de medios de prensa hipervisibilizadas por buscadores de internet fue el gran aporte del *caso Costeja*. Desde entonces, ha sido citada por diversas cortes y parlamentos del mundo para justificar el reconocimiento de sus versiones locales de este derecho.

En este trabajo esclarecemos cuáles son los caminos con los que cuentan el legislador y el juez interamericano en caso de que decidieran importar dicha figura. Asimismo, evidenciamos que su posible incorporación al catálogo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) entra en directa tensión con otras garantías protegidas por ésta. Para ello, hemos organizado nuestro trabajo en tres secciones: en la primera, explicamos a detalle la figura del “derecho al olvido” tanto en la legislación de la Unión Europea (UE) como en la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, además, complementamos la visión de este tribunal con los aportes que al respecto ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En la segunda sección nos adentramos en la discusión sobre los “nuevos derechos” o “derechos implícitos” en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) y proponemos una metodología para la incorporación de nuevos derechos. Finalmente, en la tercera parte explicamos las posibilidades tanto

¹ Para Corral Talciani, el derecho al olvido se ha desarrollado en tres etapas. En una primera etapa, este derecho habría protegido a sus titulares frente a la “republicación” de noticias pasadas por parte de los medios de comunicación. En una segunda etapa, este derecho habría concedido a su titular la posibilidad de eliminar o bloquear información recogida en bases de datos o registros que por el transcurso del tiempo podría llegar a ser perjudicial para las personas. A esta modalidad el autor la denomina “derecho al olvido informático”. En su última etapa, el derecho al olvido concedería a su titular la facultad de exigir que las plataformas *web* o motores de búsqueda eliminen o invisibilicen información de su pasado que es irrelevante o perjudicial. A esta última modalidad el autor la denomina “derecho al olvido digital”. *Cfr.* Corral, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, núm. 1, 2017, pp. 43-66.

formales como materiales para el reconocimiento de este derecho al interior del SIDH y evidenciamos que la importación de dicha figura no es de fácil “acomodo” en el catálogo de la CADH, principalmente por los estándares de protección que ésta reserva para el derecho a la libertad de expresión.

II. LA VERSIÓN “EUROPEA” DEL “DERECHO AL OLVIDO”

Como es sabido, la protección del derecho al olvido resultó de una creación jurisprudencial de la Corte Europea de Justicia en el *caso Mario Costeja*² de mayo de 2014. El Sr. Costeja, abogado español, presentó una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra *La Vanguardia Ediciones SL*, con el fin de que este medio eliminara o modificara la información contenida en su página *web*, referida a la subasta de la casa de propiedad del Sr. Costeja con motivo de un embargo para el pago de unas deudas en favor de la Seguridad Social.³ El señor Costeja alegó que desde la ocurrencia de tales hechos habían transcurrido ya varios años; no obstante, éstos seguían afectando su reputación, toda vez que se encontraban aún contenidos en la *web* de *La Vanguardia*.⁴ La queja del Sr. Costeja emplazó no sólo a *La Vanguardia*, sino también a Google, requiriéndole que “eliminaran u ocultaran sus datos personales”⁵ para que, de ese modo, los artículos de *La Vanguardia* no figuraran como resultados de la búsqueda del nombre del Sr. Costeja. En su decisión, la AEPD desestimó la queja contra *La Vanguardia* y emplazó a Google, aduciendo que se

...encontraba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere

² TJUE (Gran Sala), *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González*, caso C-131/12, sentencia del 13 de mayo de 2014, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. No obstante, la frase “derecho al olvido” ha circulado antes (1985) en la jurisprudencia de la Corte Suprema italiana como *diritto all’ oblio*, que se definió como el derecho individual a “no tener su patrimonio intelectual, político, social religioso y profesional tergiversado”. Mayer-Schonberger, Viktor, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, p. 141.

³ *Ibidem*, párr. 14.

⁴ *Ibidem*, párr. 15.

⁵ *Idem*.

que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluye la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros.⁶

Ambas partes apelaron la decisión frente a la Audiencia Nacional, la que acumuló las acciones y solicitó al TJUE la interpretación de la Directiva 95/46/CE. En su decisión el TJUE interpretó que

...el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.⁷

El razonamiento del TJUE se basó en las siguientes premisas: primero, que la actividad propia de los motores de búsqueda, como encontrar información localizada en internet, indexarla automáticamente, almacenarla y ponerla a disposición de los usuarios de internet conforme a un orden particular de preferencia, equivale al “tratamiento de datos personales” señalado por el artículo 2(b) de la Directiva 95/46/EC. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, los motores de búsqueda debían ser considerados “responsables del tratamiento” de datos personales, según indica el artículo 2(d) de la Directiva. No así los editores de páginas web, quienes, si bien realizan un tratamiento de datos, lo hacen “con fines exclusivamente periodísticos”.⁸

La justificación normativa propuesta por el TJUE para el reconocimiento de este “derecho al olvido” se fundó en los artículos 7o. y 8o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los cuales reconocen los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, respectivamente. Para el TJUE, estos derechos priman, en principio, no sólo por sobre “el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino

⁶ *Ibidem*, párr. 17.

⁷ *Ibidem*, párr. 100.3.

⁸ *Ibidem*, párr. 85.

también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”.⁹ No obstante, el TJUE aclaró que cuando el involucrado desempeña un papel en la vida pública, se justificaría una “injerencia” sobre estos derechos.

La justificación axiológica residiría, según lo afirmado por Meg Leta Jones, en el llamado *right to oblivion* que se ha aplicado históricamente a casos en los cuales un individuo desea no ser asociado con acciones ni otras circunstancias peculiares de su pasado.¹⁰ El ámbito de protección del derecho se extiende a contenidos en redes sociales, entradas en *blogs, posts* y artículos, que aunque hayan sido legítimamente producidos y transmitidos, han devenido en irrelevantes por el paso del tiempo y representan al momento actual un “daño a la dignidad, personalidad, reputación e identidad”.¹¹ Este derecho sería una concreción del derecho a la privacidad, entendida como aquella esfera protegida de la intervención de terceros que sirve al desarrollo y mantenimiento de la identidad personal¹² o como espacio para la autodefinición.¹³

Resulta importante no confundir el llamado “derecho al olvido” europeo con el *right to deletion* o derecho a solicitar la eliminación de datos o información que ha sido hecha pública de modo pasivo por el sujeto interesado y que ha sido luego recolectada y almacenada por un primer controlador de información que la ha transmitido sucesivamente a otros sin contar con autorización para su difusión pública.¹⁴ El *right to deletion* encuentra su jus-

⁹ *Ibidem*, párr. 97.

¹⁰ Leta Jones, Meg, *Ctrl+Z*, Nueva York, NYU Press, 2016, p. 96.

¹¹ *Ibidem*, p. 99.

¹² *Ibidem*, p. 100. Para Nuno Gomes de Andrade, “el derecho a ser olvidado es un instrumento mediante el cual los individuos corrigen y vuelven a proyectar sus imágenes a la sociedad (perspectiva de la identidad). Es en estos términos, como el derecho a transmitir la propia imagen e identidad que uno desea a la opinión pública, que el derecho al olvido se debe equilibrar y articular con el derecho a la libertad de información y la libertad de expresión. De esta manera, el derecho a ser olvidado no pasa por alto la relación entre el individuo y la sociedad. Por el contrario, el derecho a ser olvidado asume y parte de su existencia, reequilibrando de la forma en que se representa al individuo (y su identidad *ipse*) en la sociedad (identidad *idem*)”. Cfr. Nuno Gomes de Andrade, Norberto, “El olvido: el derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 76.

¹³ Leta Jones, Meg, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴ *Ibidem*, p. 92.

tificación en el derecho a la autodeterminación informativa, un concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional Alemán.¹⁵ Su objeto de protección son aquellos “datos que han sido generados por el mismo sujeto de manera pasiva y que han sido transmitidos al primer controlador de información y así sucesivamente a otros”.¹⁶ Su finalidad reside en “acortar la brecha de poder entre los usuarios de internet y otros sistemas de información y los controladores de esta información”.¹⁷ A diferencia del *right to deletion*, la versión “europea” del derecho al olvido tiene como objeto de protección aquel contenido *web* creado activamente por un tercero o por el mismo sujeto interesado, que lo involucra y sobre el que éste tiene una facultad de administración en la escala de tiempo, “oscureciendo el acceso a cierta información a través de mecanismos que dificulten su capacidad de ser descubiertos”.¹⁸

Lo que inicialmente fue una “creación jurisprudencial” obtuvo reconocimiento explícito con la promulgación del Reglamento 2016/79 el 24 de mayo de 2016 (aplicable para los Estados miembros a partir del 25 de mayo de 2018), que derogó la Directiva 95/46/CE. En este reglamento el “derecho al olvido” o “derecho de supresión” se encuentra reconocido en el artículo 17. Las circunstancias en las que dicha “supresión” de información sin dilación indebida procedería son, entre otras, la irrelevancia de los datos (en el sentido de que éstos ya no son necesarios para alcanzar los fines para los cuales fueron recogidos), el retiro del consentimiento para la administración de tales datos personales (sin mayor justificación), la oposición al tratamiento de los datos personales por parte del interesado, el tratamiento ilícito de los datos personales y el cumplimiento de una obligación legal.

Asimismo, se amplía el “derecho al olvido” generando una obligación accesoria para el responsable del manejo de los datos, la cual es comunicar a

¹⁵ *Ibidem*, p. 95. Viktor Mayer-Schonberger narra cómo, a consecuencia del registro integral poblacional llevado a cabo por los Países Bajos en la década de 1930, se facilitó al ejército nazi la identificación, deportación y asesinato de un porcentaje mucho más alto (73%) de población judía que en cualquier otra nación europea. En virtud de tales hechos, no es sorpresa que años más tarde el Tribunal Constitucional alemán le haya concedido a la “autodeterminación informativa” el grado de protección de un derecho fundamental. Véase Mayer-Schonberger, Viktor, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷ *Ibidem*, p. 99.

¹⁸ *Ibidem*, p. 94.

otros responsables que estén tratando esos datos personales sobre la solicitud de supresión de todo enlace a ellos o a sus copias o réplicas. No obstante, se señalan también, explícitamente, sus límites, recogidos en el inciso 3 del artículo 17, y son, entre otros, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; el cumplimiento de una obligación legal o de un objetivo de interés público; razones de salud pública; interés científico, histórico o estadístico, así como la defensa de reclamaciones.

Ahora bien, no ha sido sino hasta fines de 2019 que el TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre esta materia. El novel artículo 17 fue interpretado por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en la sentencia del caso *GC y otros vs. CNIL*.¹⁹ Los hechos que dieron origen a este pronunciamiento fueron los pedidos de desindexación de cuatro individuos, quienes solicitaron a Google que dejara de mostrar como resultados de búsqueda aquellos enlaces que dirigieran a los usuarios hacia información relativa a un fotomontaje satírico de un político local, a la pertenencia de uno de los solicitantes a la Iglesia de la ciencia, a una investigación sobre empresarios y personajes políticos y, finalmente, a un artículo sobre una condena judicial por abuso sexual de menores.²⁰

Dos fueron los principales asuntos resueltos por el TJUE: el primero sobre si Google necesita el consentimiento de los interesados para procesar su información sensible. De acuerdo con el TJUE, solicitar dicho consentimiento antes de tratar los datos personales de los interesados se tornaría imposible en la práctica. Sin embargo, una vez que los usuarios presentan a Google una solicitud de retiro de enlaces, se debe entender que, al menos a esa fecha, el consentimiento para el tratamiento de la información ha sido retirado.²¹ El segundo asunto concierne al papel de Google en la definición del ámbito de aplicación del derecho al olvido. Para el TJUE, en general, los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales priman sobre la libertad de información de los internautas; no obstante, dicha máxima puede hallar excepciones dependiendo de las circunstancias del caso; en particular, en el interés público de disponer de dicha infor-

¹⁹ TJUE (Gran Sala), *GC y otros vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, caso C-136/17, sentencia del 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E988263COD9960397E2AC55FA36320F8?text=&docid=218106&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7551481>.

²⁰ *Ibidem*, párrs. 24-40.

²¹ *Ibidem*, párr. 62.

mación, sobre todo en función del papel que el interesado en retirar el *link* desempeña en la vida pública.²² Así, sólo si la inclusión del enlace en la lista de resultados obtenida tras la búsqueda del nombre del interesado es estrictamente necesaria para proteger la libertad de información de los internautas, entonces debe rechazarse la solicitud.

Como puede apreciarse, una de las aristas más preocupantes del fallo es que deja en manos de Google, una compañía privada, el decidir cuándo una información es de “interés público” o no. Otro asunto importante tratado en la sentencia es el relativo a la interpretación del artículo 10 del Reglamento referido al tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales. Para el TJUE, “al incluir en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado enlaces que dirigen a páginas webs en que se publican tales datos”, el gestor del motor de búsqueda realiza un tratamiento de datos personales.²³ Y si bien en un principio el tratamiento de dichos datos puede ser lícito, por el tiempo transcurrido pueden devenir en impertinentes o excesivos. No obstante, aun en ese supuesto, el gestor de un motor de búsqueda deberá comprobar “si la inclusión del enlace que dirige a la página web en cuestión en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda del nombre del interesado es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web”.²⁴

Otro pronunciamiento de relevancia es el de la sentencia del *caso Google LLC vs. CNIL*.²⁵ Google había sido multado con 100,000 euros por la agencia

²² *Ibidem*, párr. 66.

²³ *Ibidem*, párr. 73. De acuerdo con el Tribunal, “corresponde al gestor de un motor de búsqueda apreciar, a la luz de las circunstancias del caso concreto, en particular, la naturaleza y la gravedad de la infracción en cuestión, el desarrollo y desenlace de dicho procedimiento, el tiempo transcurrido, el interés del público en el momento de la solicitud, el contenido y la forma de la publicación y las repercusiones de esta en el interesado”, el decidir que esta información ya no se vincule al nombre del interesado. Véase *ibidem*, párr. 77.

²⁴ *Ibidem*, párr. 75. En el caso de rechazar la petición, por considerar que “la inclusión del enlace controvertido es estrictamente necesaria para conciliar los derechos del respeto de la vida privada y a la protección de los datos del interesado con la libertad de información de los internautas potencialmente interesados”, el motor de búsqueda “está obligado a estructurar la lista de resultados de tal manera que la imagen global que resulte de ella para el internauta refleje la situación actual, lo que requerirá en particular, que en dicha lista se indiquen en primer lugar enlaces a páginas web que contengan información al respecto”. Véase *ibidem*, párr. 78.

²⁵ TJUE (Gran Sala), *LLC y otros vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, caso C-507/17, sentencia del 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://curia.europa>.

informática francesa por negarse a desindexar los resultados de búsqueda del nombre del solicitante en todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. Google aceptó el requerimiento sólo respecto de las extensiones de su buscador en los estados miembros de la UE. Asimismo, y como medida complementaria, sugirió la implementación de un “bloqueo geográfico” que eliminaba la posibilidad de acceder a los datos del solicitante desde una dirección IP localizada en el país de residencia del interesado, independientemente de la extensión del motor solicitada por el internauta.²⁶ Para el TJUE, la obligación de los motores de búsqueda de retirar los enlaces de todas las versiones de su motor podía resultar justificada, por el carácter global y transfronterizo de internet, toda vez que “los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados”,²⁷ y por consiguiente los internautas de fuera de la UE pueden acceder a enlaces que remiten a información de personas cuyo centro de interés está en la UE.

Sin embargo, no todos los Estados han reconocido una misma versión del derecho a la retirada de enlaces,²⁸ además, el derecho de protección de datos personales no es absoluto y debe equilibrarse con otros derechos fundamentales en un ejercicio de proporcionalidad.²⁹ El TJUE concluye entonces, que un motor de búsqueda que estime una solicitud de retirada de enlaces “no está obligado a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor”.³⁰ Asimismo, señaló que, en principio, la retirada de enlaces debe realizarse en las versiones del motor de búsqueda correspondientes a los Estados de la UE. No obstante, el interés público sobre la información a la que redirige el enlace puede variar, inclusive dentro de la misma UE, por lo que habrá que realizar una ponderación al respecto, además de un cierto nivel de cooperación entre las diferentes autoridades nacionales de control, con el fin de que apliquen el Reglamento de manera coherente en toda la UE.³¹

eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=es&mode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=11332.

²⁶ *Ibidem*, párr. 32.

²⁷ *Ibidem*, párr. 56.

²⁸ *Ibidem*, párr. 59.

²⁹ *Ibidem*, párr. 60.

³⁰ *Ibidem*, párr. 64.

³¹ *Ibidem*, párr. 68.

Luego de emitida la sentencia del caso *Mario Costeja*, varios tribunales domésticos han adoptado sus propias versiones del llamado “derecho al olvido”. Incluso los mismos altos tribunales europeos han adoptado versiones “locales” de este derecho, y algunas más “extremas” que la del TJUE.³² Por ejemplo, la Corte de Casación belga ordenó medidas de anonimización³³ al diario *Le Soir*, y la Corte de Casación italiana ordenó que la corporación de prensa *PrimaDaNoi* eliminara en su totalidad todos los artículos noticiosos referidos a la condena criminal que había sufrido el dueño de un restaurante.³⁴

Por su parte, el TEDH viene trazando una línea jurisprudencial, en principio, favorecedora del derecho a la libertad de expresión, salvo un reciente fallo. Sirva recordar que la jurisprudencia del TEDH reconoce el derecho a la protección de datos personales como implícito al artículo 8o. del Convenio Europeo. En *Rotaru vs. Romania*, el TEDH afirmó que “el almacenamiento de información relativa a la vida privada de un individuo en un registro secreto y el subsecuente develamiento de dicha información se encuentran dentro del ámbito de protección del Artículo 8o.”³⁵ (artículo que en el Convenio reconoce el derecho a la vida privada y familiar). Para el TEDH incluso la información que en un principio se valoró como pública puede ingresar dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada cuando ha sido recolectada sistemáticamente y almacenada

³² Nunziato, Dawn C., “The Fourth Year of Forgetting: The Troubling Expansion of the Right to be Forgotten”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 1, núm. 39, 2018, pp. 101-152.

³³ La Corte ordenó a un periódico anonimizar la información contenida en un artículo publicado en 1994 en *Le Soir* y que se encontraba disponible en versión digital desde 2008. El artículo involucraba la condena por el homicidio de dos personas que había cometido un médico por manejar en estado de ebriedad. Para la Corte, si bien en 1994 la noticia había sido publicada de manera legítima, su disponibilidad en medios digitales implicaba una violación de su derecho a la privacidad, pues el médico se había rehabilitado y no era una figura pública. En consecuencia, ordenó que todas las referencias que se hacían a los datos del médico en el artículo noticioso fueran anonimizadas, reemplazando su nombre por “X”. Véase Corte de Casación de Bélgica, *Olivier G. vs. Le Soir*, AR C150052F, 29 de abril de 2016. Recientemente, el TEDH se ha pronunciado sobre este caso en la sentencia *Hurbain v. Bélgica*, que analizaremos más adelante.

³⁴ Corte de Casación de Italia, casación civil, sección I, núm. 13161, sentencia del 24 de junio de 2016.

³⁵ TEDH, caso *Rotaru vs. Rumania*, aplicación núm. 28341/95, sentencia del 4 de mayo de 2000, párr. 43, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58586%22%5D%7D>.

en depósitos supervisados por autoridades públicas y, con mayor razón, si concierne al pasado distante de una persona.³⁶

En *Węgrzynowski and Smolczewski vs. Polonia*³⁷ dos abogados interpusieron una demanda contra un diario policial por haber publicado algunas noticias que los involucraban en “negocios cuestionables” con políticos polacos. La Corte Regional de Varsovia rechazó la demanda, pero tiempo después los mismos abogados iniciaron una nueva demanda, ya que la información del artículo se encontraba aún publicada en la versión *online* del periódico y era fácilmente ubicable a través de Google. La Corte Regional de Varsovia rechazó nuevamente el pedido de los abogados demandantes. Y el TEDH no encontró violación alguna del derecho a la privacidad y concluyó que en casos que involucran la ponderación del derecho a la privacidad y la libertad de expresión, las autoridades locales cuentan con un amplio margen de apreciación.³⁸ Para el TEDH, no es el papel de las autoridades judiciales el intentar reescribir la historia, ordenando la remoción de una serie de publicaciones del dominio público, incluso cuando estas publicaciones equivalgan a ataques injustificados contra la reputación individual de los interesados.³⁹

Más adelante, en *M. L. y W. W. vs. Alemania*,⁴⁰ el TEDH recordó que el artículo 8o. del Convenio Europeo protege alguna “forma” de autodeterminación informativa que autoriza a las personas a controlar aquellos datos que si bien son neutrales, son recopilados, tratados y diseminados a la colectividad.⁴¹ En esta sentencia la Corte se pronunció también sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda, la que se materializa sobre todo por el hecho de que éstos permiten ampliar la difusión de la información, así

³⁶ *Ibidem*, párr. 43. En ese mismo sentido, *cf.* TEDH, *Segerstedt-Wiberg y otros vs. Suecia*, aplicación 62332/00, sentencia del 6 de junio de 2006, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1688388-1769677&filena me=003-1688388-1769677.pdf>.

³⁷ TEDH, *Węgrzynowski y Smolczewski vs. Polonia*, aplicación núm. 33846/07, sentencia del 16 de julio de 2013, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22item id%22:%22001-122365%22%7D>.

³⁸ *Ibidem*, párr. 55.

³⁹ *Ibidem*, párr. 65.

⁴⁰ TEDH, caso *M. L. y W. W. vs. Alemania*, aplicación núm. 60798/10 y 65599/10, sentencia del 28 de junio de 2018, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%22item id%22:%22003-6128897-7918743%22%7D>.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 87.

como crear un perfil de los sujetos de búsqueda.⁴² Señaló que el balance de los intereses en juego variará dependiendo de si una solicitud de borrado se dirige contra el editor de la información o contra el motor de búsqueda.⁴³

Para el primer caso el *balancing* involucra, principalmente, el derecho a la libertad de expresión; para el segundo caso éste involucrará sobre todo el interés del motor de búsqueda en permitir la localización de la información y establecer el perfil de un sujeto.⁴⁴ El fallo, que en el fondo implicaba la eliminación de toda referencia a los recurrentes (dos medios hermanos sentenciados a cadena perpetua por un crimen de asesinato en 1993 y puestos en libertad condicional en 2007) en los sitios *web* de una emisora radial, un semanario y un diario alemán, fue favorable a los medios de prensa. El TEDH consideró, entre otros, los siguientes criterios para el *balancing*: la contribución a un debate de interés general, la notoriedad de las personas involucradas, el objeto del reportaje, el comportamiento anterior de la persona involucrada, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación, así como las circunstancias en las que se obtuvieron las imágenes de los recurrentes.⁴⁵

Al evaluar la sentencia de la Corte Federal de Justicia, el TEDH consideró que realizó una adecuada valoración de todos los elementos antes descritos y que una decisión en sentido distinto hubiera implicado disuadir a la prensa de incluir en sus reportajes datos que identificaran a los sujetos involucrados por el riesgo de que esta información, en el futuro, se convirtiera en “ilícita”.⁴⁶ Del mismo modo, la Corte consideró que los recurrentes no eran propiamente personas privadas, sino que habían ganado notoriedad a lo largo del proceso penal seguido en su contra. Con relación a las repercusiones de la publicación, la Corte recordó a los recurrentes que ellos se encontraban en la libertad de solicitar al motor de búsqueda reducir las posibilidades de detectabilidad de estas noticias, hecho que no realizaron.⁴⁷ Asimismo, la Corte observó que para acceder a los artículos había que superar algunas restricciones, pues estaban sujetos a previo pago y suscripción. Por las razones antes expuestas el TEDH concluyó que el de-

⁴² *Ibidem*, párr. 97.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 95.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 97.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 116.

⁴⁷ *Idem*.

recho a la privacidad de los señores M. L. y W. W. no había sido vulnerado por las autoridades locales.

La línea jurisprudencial antes descrita ha tenido un ligero desvío con la sentencia del *caso Hurbain vs. Bélgica*, en la que el TEDH se ha pronunciado sobre las medidas de anonimización ordenadas por los tribunales belgas en el *caso Olivier G. vs. Le Soir*, reseñado líneas antes. El diario *Le Soir* interpuso una demanda contra la decisión expedida por la Corte de Casación belga, por afectación de su derecho a la libertad de expresión. Para el TEDH, en este caso, debían ponderarse, por una parte, el derecho del público a informarse sobre hechos pasados o de historia contemporánea —para cuyo ejercicio juegan un papel esencial los archivos de prensa— y, por otra, el derecho a la vida privada de la persona involucrada en la noticia.⁴⁸ La Corte empleó en su razonamiento el mismo test aplicado a *M. L. y W. W. vs. Alemania*. En esa línea, consideró que el artículo no tenía ya un valor de actualidad⁴⁹ ni contribuía a un debate de interés general, toda vez que el nombre del afectado no resultaba relevante —20 años después— para discutir sobre la seguridad en las carreteras.⁵⁰ Asimismo, apreció que el afectado había ya purgado tiempo en prisión y pasado por un proceso de rehabilitación.⁵¹ Para el TJUE, si bien el haber sido sancionado en un proceso penal le otorgó al afectado cierta notoriedad, esta notoriedad es susceptible de disminuir con el transcurso del tiempo, sobre todo porque al momento de sucedidos los hechos y en la actualidad, el afectado era una persona común y corriente, y esa sería, precisamente, la esfera protegida por el derecho al olvido.⁵² Y si bien la información difundida en el artículo era veraz y había sido obtenida lícitamente, ésta se mantenía *fácilmente disponible*, lo que ampliaba sus posibles efectos lesivos.⁵³

Para el TEDH no puede dejar de valorarse que la facilidad para el acceso a la información almacenada por sitios *webs* es principalmente posibilitada por los motores de búsqueda; sin embargo, el mero hecho de publicar un

⁴⁸ TEDH, *caso Hurbain vs. Bélgica*, aplicación núm. 57292/16, sentencia del 22 de junio de 2021, párr. 100, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-210467%22>).

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 106.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 107.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 109.

⁵² *Ibidem*, párrs. 110 y 111.

⁵³ *Ibidem*, párr. 118.

artículo *online* ya tiene una repercusión importante en la visibilidad de la información; por lo que la injerencia inicial en el derecho a la vida privada del afectado resulta de la decisión del diario *Le Soir* de publicar esta información en su sitio *web* y de mantenerla disponible allí desde el año 2008.⁵⁴ Con relación a la gravedad de la medida impuesta a *Le Soir*, que fue la anonimización, el Tribunal consideró que la medida resultó adecuada y necesaria, puesto que la anonimización se efectuaría sólo en la versión *online* del artículo de *Le Soir*, manteniéndose la integridad del ejemplar en papel.⁵⁵

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que para el modelo del TJUE del derecho al olvido, los motores de búsqueda son controladores de información que recopilan, recuperan, almacenan, organizan y ponen a disposición de sus usuarios datos personales originalmente publicados en páginas *web* a través de la lista de resultados de búsqueda. Cuando estos resultados afectan la privacidad o reputación de un individuo, éste debe interponer una queja directamente contra Google, el que está obligado a resolver la solicitud. Dicha solicitud puesta en conocimiento de Google activa su responsabilidad subjetiva por el contenido de la información mostrada en los resultados de búsqueda. Este procedimiento convierte a Google en el principal árbitro de las solicitudes de desindexación de resultados de búsqueda y, *prima facie*, en el principal garante del respeto del derecho a la vida privada de los usuarios de internet, así como la entidad a cargo de decidir sobre una limitación del derecho de acceso a la información.

Como señalamos líneas antes, las obligaciones emanadas del reconocimiento al derecho al olvido ponen en evidencia que el TJUE acerca su comprensión del derecho al olvido al derecho a la autodeterminación informativa. Por su parte, el TEDH ha recibido peticiones que involucran otra modalidad del derecho al olvido digital, en el que las quejas se han planteado contra el portal de internet fuente de la información, de modo que se elimine toda referencia a los afectados.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 120.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 129. Es preciso señalar que el TEDH valoró que la imposición de la anonimización de una publicación *online* podría ocasionar que los medios de prensa se abstengan de conservar archivos en línea de reportajes pasados, o que omitan ciertos elementos individualizadores en sus reportajes por temor a ulteriores demandas (*ibidem*, párr. 102). Asimismo, con relación al argumento de la desindexación como medida menos lesiva de la libertad de expresión, el TEDH señaló que ese hecho no podía valorarse de modo abstracto. En el caso concreto, el afectado no solicitó a Google dicha desindexación, y cuando la misma fue solicitada al buscador por el diario *Le Soir*, no se recibió respuesta alguna (*ibidem*, párr. 127).

III. NUEVOS DERECHOS EN EL SIDH

Con “nuevos derechos” o “derechos implícitos” nos referimos a aquellos que, aunque no se encuentran expresamente reconocidos en un tratado de derechos humanos, son bienes humanos básicos candidatos para ser reconocidos como tales.⁵⁶ La temática de los “nuevos derechos” ha sido objeto de numerosos análisis en la doctrina y se ha relacionado directamente con el fenómeno denominado *rights inflation* (inflación de derechos), que es cuando todos aquellos valores socialmente deseables terminan encontrando reconocimiento como derechos humanos.⁵⁷ Ello habría generado que incluso una serie de actividades triviales obtengan dicho estatus. En esa línea, autores como Nickel,⁵⁸ Tasioulas⁵⁹ y Alston⁶⁰ han propuesto distintos umbrales (o, en otras palabras, una especie de control de calidad) que debe atravesar un determinado interés o bien para ser reconocido como un “derecho humano”.

En el seno del sistema europeo, Gerards estima que el activo reconocimiento de nuevos derechos por el TEDH habría generado que tuviera que evaluar cada vez con mayor frecuencia casos de alta complejidad que involucraran un agudo conocimiento de los derechos nacionales y del contexto social en el que sucedieron los hechos.⁶¹ Para la autora, si bien el TEDH vie-

⁵⁶ Von der Decken, Kerstin y Koch, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 8.

⁵⁷ Susi, Mart, “Novelty in New Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, *cit.*, pp. 29 y 30. El autor citado encuentra seis posibles orígenes para demandas de nuevos derechos humanos: la realización de alguna agenda política, presión de grupos de la sociedad civil, desarrollos científicos y tecnológicos, el hecho que el ordenamiento jurídico no proteja la realización de un valor social importante, conceptualización de valores morales y sociales y razones de tipo intelectual.

⁵⁸ Nickel, James, *Making Senses of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, 1987, cap. 2.

⁵⁹ Tasioulas, John, “Saving Human Rights from Human Rights Law,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 52, pp. 1167-1180.

⁶⁰ Alston, Philipp, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *American Journal of International Law*, vol. 78, núm. 3, 1984, pp. 607-621.

⁶¹ Gerards, Janneke, “The Scope of ECHR Rights and Institutional Concerns. The Relationship between LProliferation of Rights and the Case load of the ECtHR”, en Brems, Eva

ne hasta la fecha desarrollando un nivel muy alto de razonamiento judicial (incluso en casos difíciles), podría suceder que, en el largo plazo, el mismo no se mantenga. Por el contrario, Kai Moller estima que el fenómeno de la “inflación” de derechos es inevitable. El autor considera que si los derechos se entienden como garantías que permiten un mayor desarrollo de los niveles de autonomía del ser humano, entonces actividades que se precian “insignificantes”, e incluso otras que se consideran moralmente reprochables, podrían resultar protegidas por un derecho humano o fundamental.⁶²

En el seno del SIDH, la principal fuente del reconocimiento de nuevos derechos se encuentra en la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ésta ha preferido en múltiples ocasiones derivar “derechos implícitos” del catálogo de la Convención a través de su jurisprudencia, recurriendo a los criterios de interpretación evolutiva y al principio *pro homine*.⁶³ A diferencia de su par europeo, la Corte IDH ha adoptado una metodología de impronta universalista para proclamar la “evolución de la CADH sobre un determinado aspecto, por lo que suele recurrir en mayor medida a fuentes externas al sistema que al consenso en la región”.⁶⁴ Dutlitzky y Carpintero han identificado que en numerosas ocasiones la labor hermenéutica de la Corte IDH recurre a los conceptos de *corpus iuris* y diálogo judicial con el fin de interpretar el texto de la CADH a partir de otros tratados de derechos humanos, de normas de *soft law* y fallos y opiniones de otros tribunales de derechos humanos, sin tomar en cuenta la práctica de los Estados ni el consenso regional sobre estos estándares.⁶⁵ Para Neuman, la práctica de la Corte IDH no resulta la

y Gerards, Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, 2014, p. 95.

⁶² Möller, Kai, “Proportionality, and rights inflation”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 163-165.

⁶³ Candia, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015, pp. 874 y 875.

⁶⁴ Clérico, Laura, “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 46, mayo-agosto de 2020, pp. 75-77. *Cfr.* Candia, Gonzalo, “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths,” *DPCE Online*, núm. 3, 2017, p. 601.

⁶⁵ Dulitzky, Ariel y Carpintero, Karina, “Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos”, *Iuris Dictio*, núm. 20, 2017, pp. 27-31.

más acertada, ya que al otorgarle mayor efectividad a un derecho no necesariamente amplía su ámbito de protección. El autor identifica también el riesgo de un razonamiento contradictorio en la prematura “oficialización” de fuentes de *soft law*, toda vez que el contenido adoptado en una norma de *soft law* no siempre terminará por reconocerse como contenido de un derecho en un documento vinculante.⁶⁶ Por su parte, para Candia, este proceder de la Corte IDH podría calificarse no como propiamente “interpretativo”, sino como “creador” de nuevos derechos, poniendo así en riesgo diversas garantías imprescindibles para un Estado de derecho.⁶⁷ En esa línea argumentativa, Contreras propone que “sería razonable asumir una actitud cauta frente al reconocimiento de derechos sin norma expresa de una obligación internacional, dado que dicha práctica supone imponer una obligación iusfundamental a un Estado sin que haya consentido en ella”.⁶⁸

En nuestra opinión, los tratados de derechos humanos, en función de su objeto y propósito, que no es otro que asegurar adecuados niveles de protección de los bienes humanos básicos en ellos reconocidos, admiten una interpretación que no se ciña exclusivamente a la voluntad de los Estados firmantes, a modo de una interpretación originalista.⁶⁹ Estos bienes humanos básicos tienen una validez prepositiva, por lo que “las disposiciones jurídicas que los regulan no son ni la fuente original de su validez, ni el único parámetro de su interpretación y aplicación”.⁷⁰ El objeto mismo de su protección —los derechos humanos— tiene una naturaleza en parte permanente y en parte evolutiva porque su ámbito de protección puede verse afectado por las circunstancias históricas.⁷¹ En esa línea, en favor de la Cor-

⁶⁶ Neuman, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 113 y 114.

⁶⁷ Candia, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 884.

⁶⁸ Contreras, Pablo, “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en Núñez, José Ignacio (coord.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecnia, 2011, p. 175.

⁶⁹ Killander, Magnus, “Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 13, 2010.

⁷⁰ Chávez Fernández, José y Valdivia, Trilce, “Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso *Atala*”, *Dikaion*, vol. 25, núm. 1, 2016, p. 69.

⁷¹ *Ibidem*, p. 67.

te IDH podría sostenerse que ésta se limita a reconocer nuevas dimensiones de derechos preexistentes (ya reconocidos por el legislador convencional) en aras de brindar mayores niveles de autonomía a sus titulares, concordantes con los retos de los “nuevos tiempos”.

Como es sabido, el legislador convencional estableció, en el artículo 62 de la CADH, que la Corte IDH tenga “competencia [...] sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. Por consiguiente, la Corte IDH es el órgano competente para interpretar la Convención. Sus interpretaciones vinculan en tanto proceden del órgano competente y en tanto son concreciones de lo establecido por el legislador convencional. A decir de Castillo, “las interpretaciones directas y no sucesivas de las normas convencionales directamente estatuidas, dan lugar a normas que existen adheridas a éstas y que, como ellas, tienen naturaleza convencional y vinculan con efectos generales”.⁷² No obstante, como toda norma, sólo vincularán si pueden reputarse como válidas. Validez que, tratándose de normas de derecho internacional de los derechos humanos, no está sujeta sólo a criterios formales, sino también materiales. En consecuencia, el reconocimiento de un derecho implícito requiere, en primer lugar, una fundamentación material fuerte que implica una interpretación *pro homine* no en el sentido de ampliar sin más los cauces de protección de una garantía de la CADH, sino de clarificar la vinculación entre este nuevo derecho y su fundamento, la dignidad humana, así como su armonización y compatibilidad con otros bienes humanos básicos protegidos por la CADH. Y en segundo lugar, consideramos que la interpretación realizada por la Corte IDH en materia de reconocimiento de derechos implícitos tendrá siempre un papel subsidiario⁷³ y deberá recurrir no exclusivamente al llamado “consenso universal” o al “diálogo con otros tribunales”, sino también a la práctica general y consistente de los Estados de la región sobre la materia.

⁷² Castillo, Luis, “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 2, 2019, p. 25.

⁷³ Cfr. Chávez Fernández, José y Ríos, Piero, “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un “iusnaturalismo moderado”: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 46, 2019, pp. 177-201. Los autores sostienen que, en materia de derechos implícitos, los tribunales constitucionales deberían tener “una función estrictamente jurisdiccional de tutela subjetiva de la dignidad en el caso concreto, pero de ninguna manera institucional análoga a la constituyente” (p. 193).

Los hallazgos antes expuestos resultan de suma relevancia para el tema que nos ocupa. A partir de ellos, concluimos, primero, que es deseable sistematizar los mecanismos de incorporación de nuevos derechos a la CADH, toda vez que su reconocimiento implica el surgimiento de nuevas obligaciones para los Estados. En ese sentido, deben preferirse los llamados mecanismos “formales”; es decir, los establecidos por la misma CADH.

Ahora bien, ello no significa descartar su reconocimiento por medio de otras fuentes de derecho internacional fuera de la CADH, ya sean formales, como nuevas convenciones internacionales, la costumbre regional y los principios generales del derecho; ya sean auxiliares, como las decisiones judiciales y la doctrina. En segundo lugar, proponemos que a fin de responder a la crítica sobre la posible “banalidad” de algunos de estos nuevos derechos, es preciso justificar con razones materiales fuertes la incorporación de un nuevo derecho a la CADH, sea por vía convencional o jurisprudencial.

IV. EL DERECHO AL OLVIDO: ¿UN NUEVO DERECHO EN EL SIDH?

1. *Posibilidades para el reconocimiento del derecho al olvido en las fuentes “formales” del SIDH*

Una primera opción sería plantear una enmienda aditiva a la CADH (artículo 77) para incorporar un protocolo a la Convención. Ciertamente, esta enmienda debe respetar el objeto y fin del tratado.⁷⁴ Sirva precisar que, a la fecha, ningún Estado parte de la CADH ha propuesto un protocolo para

⁷⁴ Aplicando un razonamiento por analogía, conforme la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, pueden realizarse reservas a un tratado siempre y cuando éstas no sean incompatibles con su objeto y fin. Más aún, en el marco de la CADH, cuyo artículo 29 señala que ninguna disposición será interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”; “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, y “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

la incorporación del “derecho al olvido”. Una segunda vía sería la posible adopción de una convención interamericana en materia de protección de datos personales que incorpore expresamente el derecho al olvido. De manera reciente, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha adoptado una pléthora de nuevos tratados sobre derechos humanos,⁷⁵ y aunque éstos representan un derecho obligatorio para los Estados que los firman y ratifican, no queda claro qué papel juegan en la interpretación de la CADH;⁷⁶ más aún si los nuevos derechos que estos tratados introducen pueden ser incorporados a la misma, por lo que nos quedan todavía dudas sobre la efectividad de este mecanismo. Asimismo, a la fecha, no hemos tomado conocimiento de la negociación de ningún tratado de esta naturaleza que busque incorporar el derecho al olvido.

En tercer lugar, otra fuente formal que podría dar lugar a la incorporación de nuevos derechos es la costumbre internacional. La Corte IDH ha recurrido a esta fuente para interpretar la CADH. Por ejemplo, en la

⁷⁵ Para una lista completa de los tratados adoptados por la OEA, *cf.*, disponible en: http://www.oas.org/DIL/treaties_subject.htm.

⁷⁶ Para la Corte IDH sólo el artículo 7o. de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem do Pará, instituye deberes estatales que “especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como los artículos establecidos en los artículos 4o. y 5o.”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 19 de noviembre de 2015, serie C, núm. 307, párr. 52, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf. Así, el citado artículo 7o. se integra al *corpus iuris* de la CADH. No obstante, no sucede lo mismo con otros tratados en el seno del SIDH. Otros son empleados en múltiples ocasiones por la Corte IDH como herramientas interpretativas. Por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ha sido considerada por la Corte IDH como parte del *corpus iuris* interamericano y, como tal, como instrumento que “sirve para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana...”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, párr. 145, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Del mismo modo, el artículo 1.1 de la CADH ha sido especificado en su contenido a partir de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. *Cfr.* Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva, OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24, párrafo 62, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

sentencia del *caso Baena Ricardo vs. Panamá* se argumentó, a partir de la costumbre internacional, la competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias.⁷⁷ Como es sabido, la consideración sobre la relevancia de esta fuente varía considerablemente, ello porque si bien se admite que para su formación deben confluír los elementos “práctica estatal” uniforme y consistente y *opinio iuris*, es difícil determinar cómo y cuándo se consolidan ambos elementos.⁷⁸ Sobre todo porque en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se afirma su excepcionalidad para sostener la preponderancia del elemento *opinio iuris* por sobre la práctica estatal.⁷⁹

En nuestra opinión, es importante que la formación de la costumbre internacional dependa de ambos elementos; de lo contrario se corre el riesgo de que los Estados no se sientan compelidos a adherirse a dichas normas, deslegitimando así el sistema de fuentes de derecho internacional.⁸⁰ En ese sentido, la Corte IDH, en su opinión consultiva relativa a la institución del

⁷⁷ Así señaló: “en lo que atañe al período de tiempo para considerar que se está ante una práctica constante, este tribunal considera que lo importante es que esta práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado período”. En relación con la *opinio iuris*, ésta significa la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. La referida *opinio iuris communis* se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte. Cfr. Corte IDH, *caso Baena Ricardo vs. Panamá*, sentencia del 28 de noviembre de 2003, competencia, serie C, núm. 104, párrafo 102, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf.

⁷⁸ Von der Decken, Kerstin y Koch, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, *cit.* p. 13.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.* Por ejemplo, para el TEDH, el consenso estatal juega un papel central en el reconocimiento de nuevos contenidos protegidos por los derechos recogidos en el Convenio Europeo. Cfr. Benvenisti, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *International Law and Politics*, núm. 31, 1999, pp. 843-854. Para la jueza Ineta Ziemele, cuando el TEDH examina las prácticas y leyes domésticas de los Estados, estaría buscando determinar si existe una costumbre regional sobre la materia. Cfr. TEDH, *Rohlena vs. República Checa*, aplicación núm. 59552/08, sentencia del 27 de enero de 2015 (jueza Ziemele, opinión concurrente), párr. 2. Para una posición crítica sobre esta postura: cfr. Carozza, Paolo, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5, 1998, pp. 1217-1237, y Clérico, Laura, *op. cit.*, 46, mayo-agosto 2020, pp. 57-83.

asilo y su reconocimiento como derecho humano en el SIDH, concluyó que para la formación de la costumbre internacional deben reunirse ambos elementos: tanto la práctica general de los Estados como la *opinio iuris* o consciencia de obligatoriedad.⁸¹

Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha señalado que ambos elementos concurren para la formación de la costumbre.⁸² Así, ha propuesto que para la identificación de la práctica constante y uniforme puede recurrirse, entre otros, a actos del Poder Legislativo, decisiones de las cortes nacionales y pronunciamientos de entidades administrativas.⁸³ Mientras que para la identificación de la *opinio iuris* ha sugerido recurrir, entre otros, a la fundamentación de las decisiones judiciales en las cortes nacionales, pronunciamientos públicos realizados por los Estados, actos en conexión con la adopción de una resolución en el seno de una organización internacional o de una reunión multilateral.⁸⁴

En ese orden de ideas, en las siguientes líneas examinaremos resoluciones de la Asamblea General de la OEA, así como legislación y jurisprudencia doméstica de los países miembros del SIDH, con el fin de determinar si existe una costumbre regional para el reconocimiento del derecho al olvido. Con relación al elemento *opinio iuris*, encontramos que, a través de las resoluciones AG/RES.2661 (XLI-O/11)⁸⁵ y AG/RES.2811 (XLIII-O/13),⁸⁶ la Asamblea General de la OEA solicitó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de una ley modelo para la protección de datos personales, la que se encuentra aún en proceso de elaboración.

⁸¹ 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 CADH), Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, serie A, núm. 25, párr. 157, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf.

⁸² International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018, conclusión 3, p. 126, disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

⁸³ *Ibidem*, conclusión 6, p. 134.

⁸⁴ *Ibidem*, conclusión 10, p. 141.

⁸⁵ Resolución AG/RES.2661 (XLI-O/11), Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf.

⁸⁶ Resolución AG/RES.2811 (XLIII-O/13), Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2013, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2811_XLIII-O-13_esp.pdf.

Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano, siguiendo este mandato, elaboró una serie de “Principios sobre la protección de datos personales”. Si bien estos principios no recomiendan el reconocimiento del llamado derecho al olvido, el principio nueve, referido a la protección de “datos personales sensibles” por parte de los controladores de datos, se asemeja al “derecho al olvido” europeo al sugerir la responsabilidad directa de los controladores de datos en el manejo de esta información. Es preciso señalar que estos principios no han sido incorporados a nivel interno por los Estados, ya sea citados en nueva legislación o fallos judiciales, o en los pronunciamientos de agencias estatales, por lo que al parecer no todos los Estados entienden que tienen una obligación de protección de datos personales, y mucho menos de reconocimiento del derecho al olvido. Del mismo modo, si bien no se trata de un documento regional, algunos países miembros del SIDH, como Chile, Costa Rica, México, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay, patrocinaron la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: El derecho a la privacidad en la era digital. No obstante, en dicho documento los Estados no reconocen un derecho al olvido al modo europeo, más bien se limitan a exhortar a los Estados a elaborar “salvaguardias y recursos concretos contra las violaciones del derecho a la privacidad, la dignidad y la reputación en Internet”.⁸⁷

Con referencia al elemento de práctica estatal general y constante, encontramos en la legislación de los Estados parte del SIDH que sólo las Constituciones de República Dominicana, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela reconocen como derecho fundamental la protección de los datos personales. Repasando el nivel de legislación ordinaria, encontramos que 15 de los 34 miembros de la OEA poseen algún tipo de legislación que protege los datos personales. Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y los Estados Unidos de América (aunque no de manera uniforme a nivel federal). La supervisión del cumplimiento de esta legislación se encuentra en manos de las agencias de protección de datos personales en Argentina, Canadá, Costa Rica, México, Perú y Uruguay. Asimismo, se vienen debatiendo reformas de las leyes de protección de datos personales en Argentina, México y Chile, así como discutiéndose las propuestas de ley para Ecuador y Paraguay.

⁸⁷ Resolución 68/167 (A/Res/68/167), Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 2013, disponible en: <https://undocs.org/A/RES/68/16>.

De la documentación examinada, apreciamos que sólo Nicaragua reconoce expresamente un derecho al olvido digital, señalando que el titular de datos personales puede solicitar a redes sociales y navegadores la cancelación de datos personales que se encuentren en sus ficheros.⁸⁸ Del mismo modo, la ley costarricense establece un periodo máximo de 10 años desde la fecha de ocurrencia de los hechos para la permanencia de la información en una base de datos.⁸⁹ Podría considerarse también prueba de la práctica estatal el hecho que varias Constituciones de la región, como las de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, reconozcan explícitamente el derecho a la privacidad y, más aún, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela reconozcan la garantía constitucional de *habeas data*. En ambos casos se trata de garantías “raíz” del derecho al olvido. No obstante, del mero texto de estas disposiciones legales y constitucionales no puede interpretarse que reconozcan una práctica estatal de reconocimiento del “derecho al olvido” al modo europeo, tal como fue conceptualizado en el primer acápite de este trabajo. Asimismo, los derechos de cancelación y oposición reconocidos por las leyes argentina, chilena, uruguaya, peruana y mexicana requieren de una interpretación jurisprudencial o administrativa con el fin de identificar su afinidad con el derecho al olvido europeo, sobre todo respecto a la responsabilidad que en el marco del tratamiento de datos personales les corresponde a los motores de búsqueda.

Así, por ejemplo, Argentina es pionera en la región en la resolución de casos que vinculan el derecho a la privacidad e internet. Uno de éstos es el de *María Belen Rodríguez*,⁹⁰ de 2014. La modelo argentina demandó a

⁸⁸ Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 787, artículo 10, Nicaragua, 2012, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/e5d37e9b4827fc06062579ed0076ce1d>.

⁸⁹ Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 8968, artículo 60., Costa Rica, 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20al%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Rodríguez María Belén c/ Google Inc. y otros/ daños y perjuicios*, del 24 de octubre de 2014, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriuez-maria-belen-google-inc-otro-danos-perjuicios-fa14000161-2014-10-28/123456789-161-0004-1ots-eupmocsollaf>.

Google Inc. y Yahoo Argentina, dado que cada vez que su nombre era ingresado en estos motores de búsqueda los resultados remitían a contenido erótico y pornográfico. La Corte Suprema decidió que los motores de búsqueda como Google no deben ser considerados responsables por contenidos que no han creado.⁹¹ Para la Corte, tal forma de responsabilidad objetiva desincentivaría la existencia de motores de búsqueda.⁹² No obstante, la responsabilidad subjetiva de los motores de búsqueda surge en el momento en el que toman conocimiento efectivo de la ilegalidad del contenido que guardan y fallan al no actuar con la debida diligencia.⁹³ La Corte sentenció que cuando la naturaleza ilegal del contenido es evidente, cualquier parte puede notificar al motor de búsqueda sobre estos hechos sin necesidad de aclaración ulterior.⁹⁴ Por el contrario, cuando la determinación de la ilegalidad del contenido de la información necesita ser sometida al dictamen de una autoridad administrativa o judicial, entonces, para que se active su responsabilidad subjetiva, los motores de búsqueda deben ser notificados por estas entidades.⁹⁵ Ningún punto de la *ratio decidendi* de la sentencia hace mención al derecho al olvido. Y si bien la decisión resalta la importancia de los derechos al honor y a la privacidad, considera que la indexación de contenidos es una actividad lícita, protegida por el derecho a la libertad de expresión e información.⁹⁶ Por otra parte, en la sentencia del caso *Carolina Gimbutas vs. Google*, la Corte reiteró los criterios establecidos en el caso de María Belén Rodríguez y afirmó que

...los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese contenido no es seguido de un actuar diligente.⁹⁷

⁹¹ *Ibidem*, párr. 18.

⁹² *Ibidem*, párr. 19.

⁹³ *Ibidem*, párr. 21.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 34.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 24.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*, del 12 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gimbutas-carolina-valeria>

En Colombia, mediante la sentencia T-277 de 2015,⁹⁸ la Corte Constitucional decidió la acción de tutela interpuesta por la Sra. “Gloria” contra el diario *El Tiempo*, por una supuesta violación de sus derechos a la privacidad, al honor, al debido proceso y al trabajo, provocada por la información publicada en el citado periódico, en la que se afirmaba que ella había cometido el delito de trata de personas, pero que no precisaba que no había sido encontrada culpable judicialmente por la comisión de este delito.⁹⁹ La

google-inc-danos-perjuicios-fa17000083-2017-09-12/123456789-380-0007-lots-eupmocsollaf? En un pronunciamiento reciente, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil en la sentencia del caso *Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc s/ Derechos personalísimos: Acciones relacionadas*, reconoció el derecho al olvido como derivado de los derechos al honor y a la intimidad. Así, sentenció la responsabilidad de Google en la materia y juzgó que desindexara los eventuales enlaces que conducían a videos e imágenes de hace más de 20 años protagonizados por la actora y vinculado con el caso *Coppola*.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo*, sentencia T-277/2015, 12 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.

⁹⁹ Este es el primer caso con relación al “derecho al olvido” en el contexto de medios de prensa en internet. No obstante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre el “derecho al olvido” en el contexto de otros sistemas informáticos. Por ejemplo, en el caso de bases de datos financieras, cuando afirmó que ciertos datos son susceptibles de “caducar” transcurrido un lapso razonable. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Gabriel Alberto Gonzalez Mazo vs. Datacrédito de COMPUTEC*, SU-082/1995, 1o. de marzo de 1995, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/su082-95.htm>. Sobre bases de datos para la conservación de antecedentes penales, la Corte ha sido enfática en señalar que existen fines constitucionales legítimos para conservar la información sobre antecedentes penales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Ángel Eduardo Martín Quintero vs. Secretaría de Educación de Tolima*, T -512/2016, 16 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-512-16.htm>. Asimismo, se ha pronunciado sobre las bases de datos de sentencias judiciales administradas por la Rama Judicial y que se encuentran disponibles en internet. Al respecto, la Corte afirmó que las sentencias judiciales, por tratarse de documentos públicos, pueden encontrarse publicadas en internet; no obstante, “cuando las mismas incorporen un dato que debe ser protegido, como ocurre con la información sensible o con los datos semiprivados, ello conduce al establecimiento de una regla de circulación restringida, con el fin de no generar una carga desproporcionada frente al titular de dicha información, en lo que respecta a su intimidad o al desarrollo de su derecho al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio y/o la libertad económica”. Y si bien para la Corte no puede operar en este caso un “derecho al olvido” en el sentido de suprimir la fuente de la información, ordenó a la Rama Judicial reemplazar las versiones de las sentencias publicadas en internet por unas que sustituyan el nombre de la accionante con datos que impidan su identificación. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por la señora XX vs. Sala Plena de la Corte Suprema de*

información se encontraba en la página *web* del diario *El Tiempo* y fue posteriormente indexada por Google. La Corte Constitucional concluyó que los intermediarios no son responsables por el contenido compartido por terceros;¹⁰⁰ de serlo, se convertirían en censores de la libertad de expresión y se amenazaría el principio de neutralidad en internet.¹⁰¹ Para la Corte, la medida adecuada para remediar el daño ocasionado a la Sra. Gloria consistió en ordenar al editor original de la información que la actualizara para de este modo no prolongar su estigmatización. En opinión de la Corte Constitucional, herramientas técnicas como *robots.txt* y *metatags* podían ser utilizadas por la página del diario *El Tiempo* con el fin de “neutralizar la posibilidad de libre acceso a partir del nombre de la accionante, sin perjuicio de que la información actualizada se mantenga intacta”.¹⁰² No obstante, en el fallo favorable a la Sra. Gloria la Corte fue enfática en aclarar que si el caso hubiera involucrado a una persona con notoriedad pública o a un servidor público, o los hechos de la noticia hubieran correspondido a la comisión de delitos de lesa humanidad o a graves violaciones de derechos humanos, dichos hechos habrían podido ser difundidos al hacer parte de la memoria histórica nacional.¹⁰³

Por otro lado, en Chile, la Corte Suprema de Justicia ha emitido diversos fallos con resultados opuestos. En un primer caso,¹⁰⁴ un miembro de la fuerza policial chilena, declarado culpable de cometer actos de abuso sexual contra menores, solicitó el cese de la difusión de dicha información por afectar sus derechos a la integridad física y moral, así como al honor y a la privacidad,

Justicia, T-020/2014, 27 de enero de 2014, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-020-14.htm>.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Acción de tutela instaurada por Gloria...*, cit., párrafo 6.6.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 9.8.3.

¹⁰³ *Idem*. En similar sentido se pronunció la corte en la sentencia de unificación SU420/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, en la que se establecieron criterios comunes para la solución de las acciones de tutela *JWFC vs. Google Colombia Ltda. y Google LLC*, T-5.771.452, *SMAC vs. YRV, JMDD, APAN, Facebook y Caracol*, T-6.630.724, *OJCA vs. DEM y otro*, T-6.633.352 y *RMM vs. RGRB*, T-6.683.135.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 22.243-2015, 21 de enero de 2016, disponible en: <https://vlex.cl/vid/grazaiani-fort-aldo-empresa-592147998>. Para un análisis de este fallo, Cfr. Pica, Rodrigo, “El derecho fundamental al olvido en la *web* y el sistema constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, p. 309.

por haber trascurrido más de 10 años desde que sucedieron los hechos. Para la Corte, la prolongada difusión de estos hechos impedía la resocialización del actor.¹⁰⁵ La Corte reconoció el derecho al olvido y ordenó al periódico eliminar todo registro de la información que afectaba negativamente al accionante.¹⁰⁶ En un segundo caso,¹⁰⁷ la Corte Suprema sometió a *balancing* el derecho al olvido contra el derecho de acceso a la información, saliendo vencedor en la contienda éste último. El caso involucraba al Sr. Valverde, acusado de mala *praxis* médica en 2013 por usar abortivos en su práctica como ginecólogo y a la Fundación Centro de Investigación Periodística. La Corte Suprema, al resolver el recurso de protección de Valverde, que buscaba que la Fundación eliminara de su registro *web* el reportaje, afirmó que la información expuesta en el mismo era “verdadera y de interés público”,¹⁰⁸ por lo que no correspondía su remoción. En un fallo posterior,¹⁰⁹ la Corte reconoció que, si bien el “derecho al olvido” no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución chilena, éste encuentra asidero en el derecho de cancelación reconocido en la Ley de Protección de la Vida Privada. En opinión de la Corte, mantener vigente la publicación de una noticia por más de siete años desde que acaecieron los hechos objeto de la imputación penal, y aunque se incluya información sobre la decisión absolutoria, “resulta ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos que presentan mayor interés y utilidad”,¹¹⁰ por lo que debe concederse a la recurrente la cancelación de dicha información, impidiendo el acceso irrestricto a la misma y manteniéndola disponible para la búsqueda mediante un ejercicio investigativo profesional.¹¹¹ Es preciso señalar que, en este caso, la recurrente interpuso su recurso en contra del Ministerio Público por las informaciones que éste mantenía en su sitio *web*.

Más adelante, la Corte se pronunciaría sobre un asunto muy semejante al caso *Costeja* y que involucró a Google como parte denunciada. El caso

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 36.739-2017, 6 de noviembre de 2017, disponible en: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/copia-Fallo-CS-36739-2017_-_de-06-11.pdf.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 4317-2019, 22 de abril de 2019, disponible en: <http://www.derecho-chile.cl/corte-suprema-reconoce-el-derecho-al-olvido-rol-n-4317-2019/>.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 4.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 5.

versaba sobre una nota publicada por un autor anónimo en una *web* de *blogs* y que hacía referencia a un hecho delictivo cometido por el recurrente hacía más de 13 años.¹¹² El recurrente solicitó a Google eliminar la información del motor de búsqueda, de modo que esta información no figurara en los resultados de búsqueda realizados con su nombre. En este fallo la Corte Suprema se apartó de sus decisiones anteriores y consideró que el derecho al olvido no estaba consagrado en la legislación chilena y que los motores de búsqueda de internet no son responsables por los datos creados por los usuarios, sino sólo de su indexación.¹¹³

En Perú, la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP) ha resuelto casos relativos al derecho al olvido en diversas ocasiones. En 2015, la DGPDP ordenó a Google Perú esconder los resultados de búsqueda referentes a una persona acusada de supuestamente cometer un delito contra el pudor del que finalmente fue absuelto. Esta información había sido publicada en distintas webs de noticias. La causa fue sobreseída en 2012, al no haberse acreditado la comisión del delito. Para la autoridad peruana, Google violó los derechos a la protección de datos personales del ciudadano peruano.¹¹⁴ Si bien Google alegó que la información que se buscaba desindexar era administrada por Google Inc. y no por Google Perú, la DGPDP rechazó dicho alegato afirmando que no era posible admitir que Google utilizara medios peruanos, tratara datos de ciudadanos peruanos y comercializara información en el territorio peruano al margen de la Constitución y las leyes peruanas. Para la entidad, Google Inc. tiene un establecimiento que realiza actividad económica en territorio peruano (servicios de publicidad) y ésta se vincula al tratamiento de datos de ciudadanos peruanos,¹¹⁵ pues “si bien los editores de los sitios web son los que publican la información en internet... no sería posible que los usuarios accedan a dicha información si los proveedores del servicio de búsqueda no

¹¹² Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 54-2020, 17 de junio de 2020.

¹¹³ *Idem*. Ya antes la Corte Suprema de Chile, en una causa previa, había decidido que no debía sostenerse la responsabilidad objetiva de los motores de búsqueda ni que éstos en todos los casos realicen un tratamiento de datos personales. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 19.134-2018, 22 de enero de 2019.

¹¹⁴ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 045-2015-JUS/DGPDP, 30 de diciembre de 2015, p. 24, disponible en: https://hiperderecho.org/wp-content/uploads/2016/06/datos_personales_google_olvido_1.pdf.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

clasifican la información que recopilan mediante criterios de búsqueda diversos”.¹¹⁶ Asimismo, consideró que al permitir estos motores la búsqueda vía el “nombre y apellidos” de la persona se puede obtener una lista de resultados que afecte su privacidad. La entidad afirmó que el “derecho de cancelación” (o derecho al olvido) “puede ejercerse directamente ante el motor de búsqueda sin necesidad de dirigirse previamente a los editores de los sitios web”,¹¹⁷ con el fin de reducir la accesibilidad de la “información materia de reclamación mediante la búsqueda en internet por los nombres y por los apellidos (sus datos personales) y manteniendo la accesibilidad a la información materia de reclamación por el uso de otras palabras en los criterios de búsqueda”.¹¹⁸

Más adelante, la DGPDP se ha pronunciado también sobre casos de “derecho al olvido” y su titularidad por funcionarios públicos.¹¹⁹ Precisamente, en aplicación del test de proporcionalidad, la autoridad administrativa decidió que el interés periodístico y público de las noticias sobre presuntos hechos delictivos cometidos por el recurrente en 2004 se mantenía, ya que éste se desempeñaba como funcionario público de confianza en una municipalidad local.¹²⁰ Es preciso señalar que la DGPDP considera que los sitios *web* de los medios de prensa realizan también un tratamiento de datos personales; en esa línea, ha ordenado que éstos realicen modificaciones a las notas de prensa que almacenan o que bloqueen el acceso a los datos personales de los afectados mediante herramientas como robots.txt.¹²¹

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 20. Con posterioridad el ente administrativo ha precisado que el derecho al olvido se equipara con el “derecho de oposición” reconocido en la Ley de Protección de Datos Personales.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 2377-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, 24 de septiembre de 2018, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/605996/RD-2377-2018-DPDP.pdf>.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

¹²¹ Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 1341-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, 27 de mayo de 2019, p. 10, disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/EXP.-09-2019-RD-1341-2019-DPDP.pdf>. El recurso administrativo de apelación contra esta decisión presentado por el medio de prensa fue desestimado por improcedente. *Cfr.* Dirección General de Protección de Datos Personales (Perú), Resolución Directoral núm. 39-2020-JUS/DGTAIPD-DPDP, 31 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/EXP.-09-2019-RD-39-2020-DGTAIPD.pdf>.

En México, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (Inai) ordenó a Google remover el resultado de búsqueda que mostraba una nota de revista que conectaba a un empresario con un caso de corrupción que involucraba a una ex primera dama.¹²² En su decisión, a diferencia de la agencia peruana, no realizó un análisis de proporcionalidad de los derechos en juego y tampoco emplazó o permitió que los autores de la información fueran parte en el procedimiento.¹²³ Precisamente, fueron los representantes de la revista *Fortuna* (revista digital dueña de uno de los sitios donde constaba la información) quienes interpusieron un recurso de amparo que les fue desfavorable y que fue sometido a revisión por el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, donde fue revertido.¹²⁴ Este Tribunal notó que “al cancelar y restringir la nota periodística publicada por la quejosa a través de Google, se interfiere con las posibilidades de acceso a dicha nota y se limita el derecho a difundir información de (la) parte quejosa”.¹²⁵ Finalmente, decidió que el caso retornara a fojas cero y que hicieran parte del procedimiento la revista *Fortuna*, así como que se realizara una ponderación de los derechos en juego en el caso.

De los casos anteriormente analizados puede concluirse que el derecho al olvido “europeo” es un fenómeno reciente y que no existe sobre el mismo una costumbre regional arraigada. Si bien es cierto que, a primera vista, algunas legislaciones parecen asemejarse a la europea,¹²⁶ la interpretación de estas normas por parte de las autoridades nacionales desentona con la perspectiva adoptada por la Corte Europea de Justicia. La principal diferencia se encuentra en la identificación del sujeto obligado a la satisfacción del derecho. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional en Colombia y la Suprema

¹²² Maqueo Ramírez, María, “Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de Datos respecto del motor de búsqueda gestionado por Google y la protección de datos personales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 145, 2016, pp. 75-100, p. 86.

¹²³ *Ibidem*, p. 96.

¹²⁴ “Anulan resolución del Inai sobre derecho al olvido”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Anulan-resolucion-del-INAI-sobre-derecho-al-olvido-20160824-0035.html>.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ Keller, Daphne, “Europe’s «Right to Be Forgotten» in Latin America”, en Campo, Agustina del, *Towards an Internet Free of Censorship II. Perspectives in Latin America*, CELE-Universidad de Palermo, 2016, p. 154.

en Chile rechazan el modelo de responsabilidad de motores de búsqueda y han decidido que las controversias del derecho al olvido se enmarcan en la relación material entre la parte afectada por el contenido publicado y el autor de dicho contenido. Y aunque las autoridades administrativas de Perú y México consideran que los motores de búsqueda sí son responsables del tratamiento de datos y los interesados pueden solicitarles directamente la desindexación de la información (en casos como el peruano, incluso sin participación de los autores originales de la información),¹²⁷ su actuar no puede calificarse como una práctica “general y constante”. Con relación a la *opinio iuris*, encontramos que los Estados no han expresado encontrarse obligados a proteger el llamado derecho al olvido en ningún instrumento internacional de *soft law* ni de *hard law*, ni han justificado el reconocimiento de sus “especies” nacionales del derecho al olvido apelando a tratados de derechos humanos.

2. Justificación material para el reconocimiento del derecho al olvido

Con relación al caso que nos ocupa, el artículo 11 de la CADH, referido a la protección de los derechos a la honra y a la vida privada, constituye la disposición normativa a partir de la cual, a través de una interpretación evolutiva y *pro homine*, se desprendería este “nuevo derecho”. En anterior

¹²⁷ Para la Unesco existen tres principales modelos de responsabilidad de los intermediarios. Así, por ejemplo, encontramos el modelo de *blanket or strict liability*, conforme el cual el intermediario es responsable por el contenido producido por un tercero, incluso cuando no tiene conocimiento del carácter ilegal de ese contenido (o no tenía siquiera conocimiento de su existencia). Bajo este régimen, es responsabilidad del intermediario monitorear proactiva y constantemente la actividad de los publicadores y remover aquellos contenidos que parezcan *prima facie* ilegales. Por otra parte, también se encuentra el régimen de *conditional liability* o *safe harbour*, en el que el intermediario no se hace responsable por el contenido publicado por terceros siempre que cumpla con algunas condiciones, tales como remover el contenido una vez que es notificado de la ilicitud del contenido (*notice and takedown*), notificar al autor del contenido de la denuncia de ilicitud del mismo o desconectar a infractores reincidentes luego de ser notificado de la ilicitud de la información. Finalmente, está el esquema de amplia inmunidad o *broad immunity*, por el que los intermediarios no se hacen responsables por el contenido producido por terceros y gozan al mismo tiempo de discrecionalidad para retirar contenido de carácter ilegal. *Cfr.* MacKinnon, Rebecca *et al.*, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Unesco, 2014, pp. 40 y 41.

jurisprudencia, la Corte IDH caracterizó la privacidad como una dimensión personal inmune a las interferencias del Estado y de terceros. En *Fontevecthia D'Amico vs. Argentina*,¹²⁸ la Corte IDH reconoció que toda persona tiene el derecho a mantener ciertos aspectos de su vida privada en reserva y a controlar la diseminación pública de este tipo de información.¹²⁹ En *Escher vs. Brasil*¹³⁰ y *Tristán Donoso vs. Panamá*,¹³¹ la Corte IDH afirmó que la protección de la privacidad se extiende a conversaciones telefónicas, la frecuencia de las llamadas y su duración.¹³² Más aún, para el Tribunal “la protección de la privacidad incluye el desarrollo de relaciones entre personas y precisamente la vida profesional de una persona es la que muchas veces le ofrece mayores oportunidades para relacionarse con el mundo”.¹³³ Para la Corte IDH, la obligación de respeto y protección de este derecho es exigible para los Estados también en la era digital, debiendo adoptar y adaptar su legislación y prácticas con el fin de proteger a “todas las personas bajo su jurisdicción —incluyendo conforme al derecho internacional, aquellas personas sobre las cuales tenga control efectivo— sin discriminación por origen nacional, nacionalidad, sexo, raza, religión o cualquier otro motivo”.¹³⁴ En esa línea, para Corral Talciani, el derecho al olvido puede considerarse “una expresión del derecho a la privacidad”,¹³⁵ pues ciertos hechos (como condenas penales o información financiera) que al momento de su difusión tuvieron un interés público, por el paso del tiempo pueden perderlo y retomar así su carácter de privados.

¹²⁸ Corte IDH, caso *Fontevecthia y D'Amico vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C, núm. 238, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 48. En esa misma línea, Corte IDH, *Masacre de Ituango vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10. de junio de 2006, serie C, núm. 148, párrafo 194, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

¹³⁰ Corte IDH, caso *Escher vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

¹³¹ Corte IDH, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf.

¹³² Corte IDH, caso *Escher vs. Brasil*, cit., párr. 114.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Corte IDH, caso *Fontevecthia y D'Amico vs. Argentina*, cit., párr. 49.

¹³⁵ Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 13.

Ahora bien, como parece desprenderse del fallo de la UE, la protección del derecho al olvido derivaría del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa. Al respecto, en *Escher* la Corte IDH reconoció que el derecho a la vida privada protege los datos relativos a la identificación de la comunicación o metadatos (los que pueden tratarse de registros e inventarios archivísticos). Por consiguiente, podría afirmarse que, para la Corte IDH, en cierto sentido, el derecho a la vida privada incluye la protección del derecho a controlar los datos administrados por bases de datos.¹³⁶

Por otra parte, podría argumentarse que el derecho al olvido forma parte del contenido protegido del derecho a la honra reconocido también en el artículo 11 de la CADH. Así, por ejemplo, la Corte IDH podría afirmar que “a pesar de la ausencia de un evidente uso ilegítimo de cierta información personal, el derecho a la honra de un individuo es igualmente violado”,¹³⁷ toda vez que el uso de esta información impediría “la libertad del individuo para determinar sus relaciones personales con terceros”,¹³⁸ particularmente en la esfera profesional, en la que un evento embarazoso del pasado podría impedirle a una persona desarrollarse a su máximo potencial.¹³⁹ Y si bien fue también reconocido como derecho implícito, la Corte IDH entiende que la CADH protege el derecho a la identidad, el mismo que, como afirma

¹³⁶ Antes de este pronunciamiento, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló, en su informe anual de 2001, que toda persona debe contar con medios adecuados para acceder a la información existente sobre sí misma, así como a modificar dicha información si ésta se encuentra desactualizada o es incorrecta. Comisión IDH, Informe anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev., capítulo III: Informe sobre la acción de *habeas data* y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, 2002, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202001.pdf>. Para Corral Talciani, la analogía entre el reconocimiento del derecho al olvido y la protección de datos personales no ha resultado en una analogía del todo acertada, toda vez que, en estricto, los motores de búsqueda no realizarían un procesamiento de datos personales al encontrarse imposibilitados de generar, modificar o eliminar información de las terceras fuentes, como son las páginas *web*. Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁷ Xanthoulis, Napoleon, “Conceptualising a Right to Oblivion in the Digital World. A Human Rights-Based Approach,” *US-China Law Review*, vol. 10, núm. 84, 2013, p. 97.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Corral Talciani se muestra contrario a derivar el derecho al olvido del derecho a la honra, toda vez que para que se configure una vulneración de este derecho no necesariamente se requiere que exista un “menoscabo de la fama o reputación de la persona”. Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 13.

Nuno Gomes de Andrade, ofrecería también un asidero para la protección del derecho al olvido. En palabras del autor antes mencionado, “el derecho al olvido protege no sólo el derecho a ser diferente de otros, pero sobre todo el derecho a ser distinto de uno mismo, a ser distinto del propio yo pasado”.¹⁴⁰

Como puede apreciarse, existen diversas justificaciones de índole material que la Corte IDH podría tentar para “reconocer” un derecho al olvido como norma adscrita al artículo 11 de la CADH. No obstante, tal justificación material no estará completa si no se armoniza el contenido protegido por dicho “derecho al olvido” con las garantías de protección tanto del derecho a la libertad de expresión como de acceso a la información.¹⁴¹ Ello dependerá, como señala el TEDH, de si el caso que llega a la Corte IDH configura un escenario fáctico semejante al *caso Costeja*, donde la solicitud de “supresión” o “cancelación” u “oposición” de datos se dirige contra el motor de búsqueda, o si la solicitud de “anonimización” o “bloqueo” se dirige contra el editor de la información, así como de la decisión tomada por el Estado sobre la materia.

Entonces, la pregunta que nos hacemos es si, incluso bajo un escenario fáctico semejante al de *Costeja*, la Corte IDH debería dar solución al caso bajo los estándares propuestos por la UE. Nuestra respuesta es que no. En primer lugar, porque una decisión de tal naturaleza resultaría incompatible con los estándares fijados por la CADH para la protección de la libertad de expresión. Como se ha visto, las solicitudes de “derecho al olvido” involucran relaciones jurídicas de por lo menos cuatro partes: “el solicitante, el intermediario; el autor del contenido online y otros usuarios de internet que quieren ver el contenido”.¹⁴² Si se reconoce (como el TJUE) que los

¹⁴⁰ Nuno Gomes de Andrade, Norberto, *op. cit.*, p. 126 (la traducción es nuestra).

¹⁴¹ Como señala Susi, “the right to be forgotten is a human rights norm (more precisely, a generic decision principle) aiming to bring order to the task of balancing privacy and freedom of expression on the internet”. Susi, Mart, “The Right to be Forgotten”, en Arnould, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020, p. 299. En ese sentido, Leturia afirma: “[l]os problemas jurídicos asociados al olvido y la memoria pública de hechos del pasado pueden abordarse perfectamente como problemas de conflicto de derechos fundamentales, y más concretamente, como situaciones que justifican limitaciones legítimas al ejercicio de la libertad de expresión e información”. Leturia, Francisco J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016, p. 108.

¹⁴² Keller, Daphne, *op. cit.*, p. 161.

intermediarios tienen el deber de desindexar el contenido a sólo pedido del solicitante afectado en su “privacidad” por la información publicada en un determinado sitio *web*, sin participación alguna del autor de la información, dicho proceder ignora las posibles afectaciones del derecho a la libertad de expresión del autor del contenido, así como el derecho de acceso a la información de los usuarios de internet.

En su opinión consultiva *La colegiación obligatoria de periodistas*,¹⁴³ la Corte IDH afirmó que

...la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.¹⁴⁴

De esta disposición, la Corte IDH ha interpretado, en el caso *Kimel vs. Argentina*, que “cualquier limitación o restricción a la libertad de expresión debe establecerse previamente y de manera expresa, precisa, taxativa y previa”.¹⁴⁵ Asimismo, que dicha limitación deberá ser sometida a un examen de proporcionalidad, de modo que la misma persiga una finalidad convencional —como asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas”— y que se trate de una medida necesaria para el logro de tales fines, así como proporcional.

Sobre la “legalidad” de la medida limitadora del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha precisado que la ley que limite dicho derecho debe “estar formulada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que

¹⁴³ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 50.

¹⁴⁵ Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 63, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

sea razonable, de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar”.¹⁴⁶ Ahora bien, lo cierto es que “muchas leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagas y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica”.¹⁴⁷ Por ello, la Corte IDH ha precisado que “las responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben ser siempre ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso”.¹⁴⁸ Del mismo modo, ha enfatizado que “en todos los casos las responsabilidades ulteriores civiles deben ser proporcionadas a fin de evitar un efecto inhibitorio en la libertad de expresión y deben estar diseñadas para reparar los daños efectivamente causados y no como un mecanismo de sanción”.¹⁴⁹ El modelo propuesto por el TJUE ignora las garantías antes mencionadas al prescribir que sea una entidad privada, como el motor de búsqueda, la que decida sobre una limitación al derecho a la libertad de expresión a través de la desindexación del contenido publicado. Bajo este modelo, es una entidad privada la que decide si una publicación supone un riesgo para el derecho a la privacidad y al honor y a la buena reputación, así como cuál es el procedimiento adecuado para reparar tal supuesto daño. Esta flexibilización de los estándares de protección del derecho a la libertad de expresión resultaría, por lo menos, inconveniente, cuando no susceptible de ser potencialmente violatoria del artículo 13 de la CADH.

En esa línea, a fin de armonizarse con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, un derecho al olvido “interamericano” supondría —conforme lo propuesto por las Relatorías para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y plasmado en la Declaración Conjunta sobre Internet y Libertad de Expresión— una responsabilidad limitada de los motores búsqueda. En ese sentido, y para dar cumplimiento a dicha disposición, los intermediarios de internet estarían obligados a establecer políticas y términos de uso claros a los usuarios. Éstos deberían proporcionar

¹⁴⁶ Corte IDH, caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, cit., párr. 90.

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 74, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expression/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 77.

...información clara sobre el tipo de contenido que podría ser removido de la plataforma según sus términos de servicio o directrices de la comunidad, así como también la forma en la que la remoción podría tener lugar y si hay alguna forma de recurso de apelación disponible para el usuario que sienta que su contenido ha sido eliminado incorrectamente.¹⁵⁰

Adicionalmente, de reconocerse un nuevo “derecho al olvido” éste debería perseguir una finalidad legítima: la protección del derecho a la vida privada y reputación de las personas. Asimismo, debe examinarse si “invisibilizar” cierta información “inadecuada, irrelevante o excesiva y de carácter privado” es una medida idónea para lograr la finalidad propuesta. En ese sentido, es importante recordar que la CADH no contiene ninguna fórmula general que proscriba *prima facie* la publicación de información “inadecuada” o “irrelevante”, sino, más bien, un conjunto cerrado de posibles contenidos ilícitos. Así, el artículo 13 señala que “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” estará prohibida por ley.

En esa línea, en *Olmedo Bustos vs. Chile*¹⁵¹ la Corte IDH, siguiendo el criterio del TEDH, interpretó que la CADH protege no sólo expresiones favorablemente recibidas, sino también aquellas que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.¹⁵² Ello significa que para superar el test de idoneidad, el reconocimiento del “derecho al olvido” debe perseguir la protección del derecho a la vida privada del sujeto cuando éste parece afectado por información que, a pesar de haber sido publicada legítimamente, con carácter veraz y sin intención de presentar al recurrente de manera despectiva o dañar su reputación, se ha tornado “inadecuada” por el paso del tiempo, al haber perdido toda “relevancia pública”.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 118.

¹⁵¹ Corte IDH, *caso Olmedo-Bustos y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 147, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 69.

Si bien podría afirmarse que la desindexación de contenidos propuesta del TJUE es una limitación necesaria al derecho a la libertad de expresión, dado que la remoción de contenidos sería una medida más lesiva, ello no se sigue necesariamente en todos los casos. En nuestra opinión, deberá analizarse la naturaleza de la información que se busca desindexar, y si, por ejemplo, ésta constituye contenido generado por un medio de comunicación.¹⁵³ En ese orden de ideas, una medida que dificulte el acceso a una información que es en principio legítima, a sólo pedido de la parte interesada, no parece ser una medida necesaria, en el entendido de que, sin impedir ni dificultar el acceso a dicha información, el mismo autor de la información puede corregir su contenido en el marco de sus deberes respecto de la titularidad del recurrente del derecho a la rectificación. También, a pedido de la parte interesada, podría actualizarse una determinada información. Del mismo modo, la medida no resultaría del todo necesaria si el grado de difusión de la información en cuestión es menor, pues puede darse el caso de que una información, incluso siendo arrojada como resultado de búsqueda, tenga luego un acceso limitado (por ejemplo, en caso de necesitarse una suscripción a un determinado portal para acceder a mayores datos) o no se haya reproducido en otros portales. Adicionalmente, para examinar la necesidad de la medida de desindexación deberá tomarse en consideración si el solicitante es una figura pública, y más aún si se trata de un funcionario público.¹⁵⁴

Asimismo, deberá verificarse que la desindexación de cierta información resulte una medida proporcional. En palabras de la Corte, ello implicará: i) evaluar el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión “determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada”;¹⁵⁵ ii) determinar la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción del “derecho al olvido” justifica la restricción del derecho a la libertad de expresión. Con respecto al primer paso de este examen, resultaría necesario recordar que la Corte IDH ha interpretado que el artículo 13 de la CADH prescribe una doble dimensión del derecho

¹⁵³ La Comisión IDH, en su informe, precisa: “Como regla y de acuerdo con lo establecido en diversas legislaciones nacionales sobre protección de datos, el contenido generado por un medio de comunicación no está sujeto a protecciones derivadas del derecho de habeas data”. Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, cit., párr. 138.

¹⁵⁴ Corte IDH, *caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, cit., párr. 60.

¹⁵⁵ Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, párr. 84.

a la libertad de expresión, individual y social,¹⁵⁶ entendiendo estas dimensiones como complementarias.

En ese sentido, el artículo 13 de la CADH reconoce el derecho de acceso a la información que comprende el derecho de las personas “a solicitar documentación e información mantenida en los archivos públicos, generada o procesada por el Estado, tanto para ejercer sus derechos políticos como para ejercer el control del Estado y su administración, promoviendo la rendición de cuentas y la transparencia”.¹⁵⁷ Este derecho gana relevancia en el contexto de internet, que representa un nuevo escenario veloz, descentralizado y de bajo costo para la “difusión de informaciones e ideas de toda índole”.¹⁵⁸ No sólo “permite aumentar la cantidad de información públicamente disponible, difundirla masivamente y a bajo costo, y publicarla en forma dinámica”,¹⁵⁹ sino que a través de ello propulsa la activa participación de los ciudadanos en la construcción de sociedades democráticas.¹⁶⁰ Así, debe recordarse que los ciudadanos tienen no sólo derecho de acceso a la información pública de carácter actual, sino también a aquella que permite mantener la memoria cívica de la comunidad, principalmente en lo relativo a hechos como graves violaciones de derechos humanos o graves atentados contra el bien común al interior de una comunidad política.

Si bien podría afirmarse que la desindexación de contenidos propuesta del TJUE no es una limitación de carácter “grave” del derecho a la libertad de expresión en ambas dimensiones, pues la información no desaparece, sino es simplemente “oscurecida”, aun así tendrá que verificarse cuán importante es la satisfacción del derecho a la vida privada. Es decir, cuán relevante para el desarrollo de la autonomía del sujeto es el oscurecimiento de esa información sobre hechos verdaderos de su pasado (no debe tratarse de una mera preferencia personal por rectificar u oscurecer hechos del “pasado”, sino de información que permite crear un perfil del sujeto a terceros que es susceptible de afectar su libre desarrollo).

¹⁵⁶ Corte IDH, caso *Palamara-Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párr. 107, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

¹⁵⁷ Comisión IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, párr. 165.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párr. 175.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Idem*.

Finalmente, tendría que valorarse si la satisfacción del derecho a la vida privada justifica esa “intervención” sobre el derecho a la libertad de expresión, considerando también su dimensión social, así como el derecho de acceso a la información; o sea, el legítimo interés de los ciudadanos de conocer hechos relevantes del pasado (principalmente en el ámbito del gobierno, así como graves violaciones de derechos humanos).¹⁶¹

V. CONCLUSIÓN

En diversas ocasiones la Corte IDH ha reconocido nuevos derechos, recurriendo a los métodos de interpretación “evolutiva” y *pro homine*. Dicha práctica ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. En este trabajo propusimos que para la incorporación de nuevos derechos deben preferirse los mecanismos formales dispuestos para la enmienda de la CADH, así como su reconocimiento expreso en otros tratados y la identificación de costumbre internacional sobre la materia. No obstante, ello no impide que de modo subsidiario y limitado la Corte IDH pueda reconocer, por la vía jurisprudencial, normas adscritas a las disposiciones de la CADH que supongan verdaderas exigencias de justicia. Este ejercicio hermenéutico ganará mayor legitimidad atendiendo no sólo a los consensos internacionales arribados en otros sistemas de protección de derechos, sino también prestando atención a la práctica constante y general de los Estados parte del SIDH.

Para el caso particular del derecho al olvido, encontramos que no existe, al momento, ningún intento de reconocerlo explícitamente en la CADH ni en otro tratado en el seno del SIDH. Asimismo, encontramos que no puede afirmarse la existencia de costumbre regional consolidada para su reconocimiento, toda vez que las legislaciones que lo han reconocido no son uniformes en cuanto a aquellas actividades u omisiones que protegen bajo la denominación de “derecho al olvido”. Y si bien existen razones justificato-

¹⁶¹ Recordemos que la Corte IDH ha reconocido, como derecho implícito a la CADH, “el derecho a la verdad”, que protege el derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos relacionados a graves violaciones de derechos humanos, así como a los responsables de éstos. *Cfr.* Corte IDH, *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párrs. 197-202, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf.

rias materiales fuertes para su reconocimiento, por su estrecha vinculación con los derechos a la honra y a la vida privada, éstas pierden parte de su fuerza argumentativa cuando se intenta armonizar este nuevo derecho con las garantías de la CADH que protegen el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- “Anulan resolución del INAI sobre derecho al olvido”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Anulan-resolucion-del-INAIsobre-derecho-al-olvido-20160824-0035.html>.
- ALSTON, Philipp, “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control,” *American Journal of International Law*, vol. 78, núm. 3, 1984.
- BENVENISTI, Eyal, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards,” *International Law and Politics*, núm. 31, 1999.
- CANDIA, Gonzalo, “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 3, 2015.
- CANDIA, Gonzalo, “Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths”, *DPCE Online*, núm. 3, 2017.
- CAROZZA, Paolo, “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, núm. 5, 1998.
- CASTILLO, Luis, “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 2, 2019.
- CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José y RÍOS, Piero, “De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un «iusnaturalismo moderado»: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la Jurisprudencia constitucional de Perú y Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 46, 2019.
- CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José y VALDIVIA, Trilce, “Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso *Atala*”, *Dikaion*, vol. 25, núm. 1, 2016.

- CLÉRICO, Laura. “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 46, mayo-agosto de 2020.
- COMISIÓN IDH, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf.
- COMISIÓN IDH, Informe anual 2001. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser./L/V/II.114. Doc. 5 rev., capítulo III: Informe sobre la acción de hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, 2002, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202001.pdf>.
- CONTRERAS, Pablo, “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en NÚÑEZ, José Ignacio (coord.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecnia, 2011.
- CORRAL, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, núm. 1, 2017.
- DULITZKY, Ariel y CARPINTERO, Karina, “Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos”, *Juris Dictio*, núm. 20, 2017.
- GERARDS, Janneke, “The Scope of ECHR Rights and Institutional Concerns. The Relationship between Proliferation of Rights and the Case Load of the ECtHR”, en BREMS, Eva y GERARDS, Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, 2014.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018, disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.
- KELLER, Daphne, “Europe’s «Right to Be Forgotten» in Latin America”, en CAMPO, Agustina del, *Towards an Internet Free of Censorship II. Perspectives in Latin America*, CELE-Universidad de Palermo, 2016.
- KILLANDER, Magnus, “Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, núm. 13, 2010.
- LETA JONES, Meg, *Ctrl+Z*, Nueva York, NYU Press, 2016.

- LETURIA, Francisco J., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, 2016.
- Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 787, Nicaragua, 2012, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/e5d37e9b4827fc06062579ed0076ce1d>.
- Ley de Protección de Datos Personales, Ley núm. 8968, Costa Rica, 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20a%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>.
- MACKINNON, Rebecca *et al.*, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Unesco, 2014.
- MAQUEO, María, “Análisis comparativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Instituto Federal de Acceso y Protección de Datos respecto del motor de búsqueda gestionado por Google y la protección de datos personales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 145, 2016.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor, *Delete. The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en HUSCROFT, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.
- NEUMAN, Gerald, “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2008.
- NICKEL, James, *Making senses of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, 1987.
- NUNO GOMES DE ANDRADE, Norberto, “El olvido: el derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 13, 2012.
- NUNZIATO, Dawn C., “The Fourth Year of Forgetting: The Troubling Expansion of the Right to be Forgotten”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 1, núm. 39, 2018.
- PICA, Rodrigo, “El derecho fundamental al olvido en la *web* y el sistema constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.

- Resolución AG/RES. 2661 (XLI-O/11), Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf.
- Resolución AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), Asamblea General de la OEA, 6 de junio de 2013, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2811_XLIII-O-13_esp.pdf.
- Resolución 68/167 (A/Res/68/167), Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 2013, disponible en: <https://undocs.org/A/RES/68/167>.
- SUSI, Mart, “Novelty in New Human Rights. The Decrease in Universality and Abstractness Thesis”, en ARNAULD, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- SUSI, Mart, “The Right to be Forgotten”, en ARNAULD, Andreas von *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- TASIOULAS, John, “Saving Human Rights from Human Rights Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 52.
- VON DER DECKEN, Kerstin y KOCH, Nikolaus, “Recognition of New Human Rights”, en ARNAULD, Andreas *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.
- XANTHOULIS, Napoleon, “Conceptualising a Right to Oblivion in the Digital World. A Human Rights-Based Approach”, *US-China Law Review*, vol. 10, núm. 84, 2013.

El rol de la defensa pública interamericana

The Role of the Inter-American Public Defender

Le rôle de la défense publique interaméricaine

Bruno Rodríguez Reveggino*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución del rol de la presunta víctima en el proceso ante la Corte*. III. *La creación y puesta en funcionamiento de la figura del defensor público interamericano*. IV. *Aspectos procesales relevantes*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

* Universidad Tecnológica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7269-9453>, brodriguezrevegino@gmail.com.

El autor es asesor de la presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que las opiniones vertidas en el presente artículo son de su responsabilidad exclusiva y no vinculan a la Corte ni a su Secretaría.

Artículo recibido el 3 de septiembre de 2020

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 477-508
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, 2022

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El presente artículo trata sobre la figura del defensor público interamericano. Da cuenta que la creación y puesta en funcionamiento de esta institución está íntimamente ligada a la evolución que ha tenido el rol de la víctima en el proceso ante la Corte. Desde una perspectiva descriptiva, establece el procedimiento de designación del defensor público interamericano, así como las particularidades de su regulación. Analíticamente, busca reseñar los aspectos procesales más relevantes de esta figura, teniendo en consideración la práctica de más de una decena de años. Finalmente, de manera muy breve, el artículo determina cuáles son los retos que enfrenta esta institución para cumplir con sus objetivos a futuro.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, defensa pública, Fondo de Asistencia a Víctimas, acceso a la justicia.

ABSTRACT: This article deals with the role of the Inter-American Public Defender. It relates the inception and functioning of this institution to the evolution of the role of the victim in the judicial procedure before the Court. From a descriptive perspective, it establishes the procedure to appoint an Inter-American Public Defender, as well as the particularities of its regulation. Analytically, it highlights the most relevant procedural aspects of this figure, taking into consideration the practice of more than a dozen years. Finally, very briefly, the article determines the challenges that this institution faces in the near future.

Key words: Inter-American Court of Human Rights, public defense, Victims Assistance Fund, access to justice.

RÉSUMÉ: Cet article traite du rôle du défenseur public interaméricain. Il relie la création et le fonctionnement de cette institution à l'évolution du rôle de la victime dans la procédure judiciaire devant la Cour. D'un point de vue descriptif, il établit la procédure de nomination d'un défenseur public interaméricain, ainsi que les particularités de sa réglementation. Analytiquement, il met en évidence les aspects procéduraux les plus pertinents de ce chiffre, en prenant en considération la pratique de plus d'une douzaine d'années. Enfin, très brièvement, l'article détermine les défis auxquels cette institution devra faire face dans un avenir proche.

Mots-clés: Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, défense publique, Fonds d'Aide aux Victimes, accès à la justice.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su concepción, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos “sistema interamericano” ha sido un sistema dinámico que ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades políticas, jurídicas y sociales para lograr una mejor protección de los derechos humanos de las personas en América.¹ De esta manera, las prácticas y funciones de sus órganos han sido objeto de constantes y abundantes procesos de diálogo sobre cómo hacer más efectivo y accesible el ámbito de protección de los derechos humanos.² En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH o Corte Interamericana”) ha modificado sus

¹ El sistema interamericano de protección de los derechos humanos no fue establecido desde un inicio tal como hoy lo conocemos, en lo que respecta a sus órganos, sus instrumentos jurídicos y sus funciones. El proceso, históricamente, va desde la adopción de la Declaración Americana (1948), la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959), la adopción y entrada en vigor de la Convención Americana (1978), así como la posterior puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana (1979). Por otro lado, se han ido sumando diversos instrumentos internacionales, tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Para conocer una descripción detallada y una opinión sumamente autorizada sobre el tema, véase Medina, Cecilia, “The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System”, *American Journal of International Law*, 1988.

² Para algunas de las discusiones en torno al tema, véase Cançado Trindade, Antônio, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, 2000, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06837-2.pdf>; Cançado Trindade, Antônio, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”; Long, Soray, “Reflexión sobre posibles reformas a los reglamentos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL*, año 3, núm. 4, 2008, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21820.pdf>; Medina, Cecilia, “Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, 2011, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29410.pdf>; Gialdino, Rolando, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2006, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-23.pdf>.

reglas de procedimiento en diversas oportunidades, por una parte, para hacer más eficiente la administración de justicia³ y, por la otra, para actualizar el rol que juegan las presuntas víctimas en el proceso ante la Corte Interamericana.⁴

En este contexto, la creación y puesta en funcionamiento de la figura del defensor público interamericano tiene estricta relación con el perfeccionamiento del proceso ante la Corte Interamericana, que ha ido consolidando, cada vez más, el rol protagónico de las presuntas víctimas y del Estado demandado en el litigio, permitiendo así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Comisión” o “Comisión Interamericana”) juegue un papel de “órgano del sistema interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes”.⁵

II. LA EVOLUCIÓN DEL ROL DE LA PRESUNTA VÍCTIMA EN EL PROCESO ANTE LA CORTE

Para comprender mejor la apuesta de la Corte por la creación de una figura como el defensor público interamericano, es necesario ver las distintas etapas por las que ha pasado el rol de la presunta víctima en el proceso ante la Corte. En principio, la Convención Americana, de manera explícita, no designa un papel a la presunta víctima en el proceso ante la Corte Interamericana. Por el contrario, se establece explícitamente en el artículo 57 de la Convención Americana que la Comisión debe comparecer ante la Corte en todos los casos sometidos a su competencia. Sin embargo, el rol protagóni-

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Exposición de motivos de la reforma reglamentaria de 2009”, disponible en: http://corteidh.or.cr/sitios/reglamento/ene_2009_motivos_esp.pdf.

⁴ Acosta, Juana, *La protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias, 2005, disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2032.pdf>; Salvioli, Fabián, “Derechos, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, San José (Costa Rica), IIDH, 1997, disponible en: <http://www.oda-alc.org/documentos/1374531407.pdf>.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Exposición de motivos de la reforma reglamentaria de 2009”, párr. 4.

co de las presuntas víctimas en el proceso ha ido definiéndose conforme a las prácticas adoptadas por la Corte, reguladas por sus distintos reglamentos.⁶ De esta manera, es posible dividir en cuatro etapas este proceso de evolución que atravesó el papel de la presunta víctima dentro del proceso ante la Corte Interamericana.

1. *Etapas 1: falta de locus standi por parte de las presuntas víctimas ante la Corte*

En un inicio,⁷ las presuntas víctimas y sus representantes no contaban con locus standi propio ante la Corte ni eran consideradas partes en el proceso. Se evidencia que la Corte adoptó una postura muy parecida a la de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia, en lo que respecta a la participación de personas individuales en el proceso. Por supuesto, esta visión predominante en el derecho internacional público clásico resultaría hoy arcaica, teniendo en cuenta la prolifera-

⁶ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1991), aprobado por la Corte en su XXIII periodo ordinario de sesiones, celebrado el 9 al 18 de enero de 1991; entró en vigor, de conformidad con el artículo 58 de dicho Reglamento, el 1o. de agosto de 1991. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997), aprobado por la Corte en su XXXIV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de enero de 1997. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y reformado parcialmente por la Corte en su LXI periodo ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003; entró en vigor, de conformidad con el artículo 67 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; entró en vigor, de conformidad con el artículo 78 de dicho Reglamento, el 1o. de enero de 2010.

⁷ Se trata de la época comprendida desde la vigencia del primer Reglamento de la Corte de 1980, incluyendo la vigencia del segundo Reglamento de 1991, hasta la adopción del tercer Reglamento el 16 de septiembre de 1996, cuya entrada en vigor fue el 1o. de enero de 1997.

ción de mecanismos de participación de víctimas y el desarrollo también en otros sistemas regionales, como el Tribunal Europeo, o de la justicia penal internacional a través de la Corte Penal Internacional y sus predecesores. De hecho, el primer Reglamento no incorpora expresamente el concepto de “víctima” o “presunta víctima”, sino que llama a las personas usuarias del sistema interamericano como “parte lesionada”. Este rol ha ido evolucionando hasta considerar a las víctimas como un instituto esencial del sistema interamericano.

En esta primera etapa, la Comisión Interamericana ejercía la defensa principal en los procesos y las presuntas víctimas cumplían un rol de “asesoría”. Evidentemente, la estrategia de litigio y defensa era asumida única y exclusivamente por la Comisión.⁸ Esto traía graves consecuencias a la situación de las presuntas víctimas, ya que un sistema que fue concebido para garantizar sus derechos no estaba escuchando sus voces. El trámite ante la Corte IDH se convertía en algo realmente lejano para quienes denunciaban las violaciones y la Comisión ejercía el rol primordial. Ante las críticas y luego de haber dictado sus primeras sentencias, la Corte permitió en su Reglamento de 1991 que la Comisión designara como “delegados” a uno o más de los representantes de las presuntas víctimas.⁹ Esto significaba que un abogado o abogada que había representado a nivel interno o internacional podría ser acreditado y participar ante la Corte Interamericana. Por supuesto, esta visión aún resultaba limitada, en tanto que la Comisión era el actor principal en el proceso y las víctimas no eran consideradas aún como una parte procesal propiamente. Si bien la Comisión está en una posición privilegiada para conocer los estándares y jurisprudencia del sistema, las presuntas víctimas requerirían a un representante que velara por sus propios intereses de manera particularizada.

⁸ El Reglamento de la Comisión de 1980 señalaba que “cuando la Comisión decida referir un caso a la Corte, el secretario ejecutivo notificará de inmediato al peticionario y a la presunta víctima, la decisión de la Comisión, ofreciéndole la oportunidad de formular sus observaciones” por escrito sobre la solicitud presentada a la Corte. La Comisión decidirá sobre la acción que habrá de tomar, respecto de estas observaciones. Reglamento de la Comisión de 1980, artículo 68.

⁹ Artículo 22 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado durante su XXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991.

2. *Etapa 2: posibilidad de participación de las presuntas víctimas en la etapa de reparaciones*

A partir de 1997, con la entrada en vigor del tercer Reglamento de la Corte Interamericana,¹⁰ se fue ampliando las posibilidades de participación de las presuntas víctimas en el proceso ante la Corte, particularmente en la etapa de reparaciones. Sobre este punto en particular, es preciso destacar la labor de la Corte respecto del desarrollo del concepto de reparación integral, que ha constituido un sello distintivo que ha logrado influir activa y positivamente en los diferentes procesos de derechos humanos a lo largo del continente y del mundo.¹¹

Por tanto, con el fin de adoptar adecuadas medidas de reparación integral, para la Corte Interamericana era importante escuchar a las presuntas víctimas acerca de las necesidades, los puntos de vista o las solicitudes que podrían tener en torno a las medidas de reparación que debían otorgarse. En vista de esto, durante este periodo existía la posibilidad de que, en la etapa de reparaciones, “los representantes de las [presuntas] víctimas o de sus familiares [pudieran] presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”.¹² Si bien ésta era la primera vez que se permitía que las

¹⁰ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XXXIV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de enero de 1997.

¹¹ La reparación integral, además de las clásicas categorías de daño material e inmaterial, abarca el otorgamiento de innovadoras y más completas medidas, tales como la investigación de los hechos, la restitución de los derechos, la rehabilitación física y psicológica, la satisfacción mediante actos de perdón público o reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado o garantías de no repetición. A través de esta facultad, la Corte Interamericana ha ordenado medidas emblemáticas para muchos Estados de la región, las cuales han colaborado con la consolidación del Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos. En su dimensión individual, estas medidas han beneficiado a miles de personas, mientras que, en su dimensión colectiva, el impacto social ha permitido reformas legislativas, campañas de concientización, implementación de programas sociales a grupos en situación de vulnerabilidad, entre otras.

¹² Artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XXXIV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de enero de 1997.

presuntas víctimas, a través de sus representantes, presentaran por escrito y de manera autónoma sus pretensiones ante la Corte, cabe destacar que las víctimas seguían sin ser consideradas partes en el proceso, y no podían participar en otras etapas que no fuera en la decisión sobre las reparaciones.

3. *Etapas 3: reconocimiento de la presunta víctima como parte procesal*

Desde 2001¹³ se reconoció a la presunta víctima como parte procesal. Se estableció que la Comisión se haría cargo de la notificación del informe de fondo a los peticionarios¹⁴ y, para el sometimiento de un caso a la Corte, se determinó que se debía considerar como criterio fundamental la obtención de justicia en el caso particular y la “posición del peticionario”,¹⁵ entre otros.

Por otro lado, se otorgó a las presuntas víctimas o a sus familiares la capacidad, en cualquier momento del proceso ante la Corte, de hacer valer sus intereses y presentar sus pretensiones a través de la remisión de manera autónoma de sus escritos de solicitudes, argumentos y pruebas,¹⁶ así como la posibilidad de participar en las audiencias públicas.¹⁷

¹³ Con la entrada en vigor del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001.

¹⁴ Artículo 43 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptado en su 109o. periodo extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000. Dicho Reglamento entró en vigor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78, el 1o. de mayo de 2001.

¹⁵ Artículo 44 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptado en su 109o. periodo extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000. Este Reglamento entró en vigor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78, el 1o. de mayo de 2001.

¹⁶ “Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”. Artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001.

¹⁷ Artículo 40 del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviem-

Este cambio reglamentario fue un gran paso, puesto que permitía que de manera independiente las presuntas víctimas formularan sus pretensiones no sólo en cuanto a la reparación como se hacía hasta ese momento, sino también podían alegar disposiciones de derecho de manera autónoma, estableciendo una propia estrategia jurídica con argumentación independiente de la presentación del caso por parte de la Comisión.

No obstante, en estos avances aún existían algunas limitaciones importantes. En primer lugar, estas reformas sólo consideraban que, en caso de pluralidad de víctimas, éstas tenían que participar a través de un único interviniente común.¹⁸ Teniendo en cuenta que en diversos casos puede existir una gran cantidad de víctimas y que éstas podrían requerir más de un representante, este ámbito aún resultaba un obstáculo para la plena participación.

En segundo lugar, en la práctica, la participación de la Comisión continuaba siendo la de “demandante”, pese a la posibilidad de que las presuntas víctimas sean “partes en el caso”. Las discusiones de la época, guiadas principalmente por el entonces presidente de la Corte IDH, Antônio A. Cançado Trindade, denotan la necesidad de que las presuntas víctimas tengan un rol más protagónico.¹⁹ Esta situación no sólo no fue atendida en ese momento, sino que hasta el día de hoy perdura, en el sentido de que aún únicamente la Comisión (o el Estado) es quien puede someter el caso, y no así las presuntas víctimas, de manera directa.

En tercer lugar, en cuanto a la participación en las audiencias públicas, si las presuntas víctimas tenían un representante, éste sólo podía participar integrando parte de la delegación de la Comisión.²⁰ Es decir, no cabía la posibilidad de participación autónoma en la etapa oral ante el procedimiento.

bre de 2000; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001.

¹⁸ Artículo 23.2 del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; entró en vigor, de conformidad con el artículo 66 de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2001.

¹⁹ OEA, “Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (09 de marzo de 2001)”, OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, 16 de marzo de 2001, pp. 1-14.

²⁰ Artículo 22 del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado en el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y enmendado

En cuarto lugar, en 2003, producto de las discusiones originadas en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se reformó parcialmente el Reglamento, estableciendo que, entre otras cosas, si la demanda de la Comisión no contenía los datos de los representantes de la presunta víctima, la Comisión “será la representante procesal de aquellas como garante del interés público... a modo de evitar la indefensión de estas”.²¹

En conclusión, la Comisión jugaba un doble rol en los procesos ante la Corte: por un lado, asumía la representación de la presunta víctima, por el otro, era la “demandante”, y continuaba siendo un órgano del sistema interamericano, garante del interés público. Desde una perspectiva crítica, podemos evidenciar que, pese a las diversas reformas, aún la Comisión mantenía esta posición privilegiada en el procedimiento, la cual podía atentar contra la igualdad de las partes en el procedimiento. El desbalance procesal es evidente al poder actuar con esta doble calidad, situación que se buscó redimir con las posteriores reformas.

4. *Etapa 4: rol protagónico de la presunta víctima y del Estado, así como la consolidación del equilibrio procesal entre las partes*

La reforma del Reglamento de la Corte del 2010 otorgó un papel central a las presuntas víctimas, convirtiéndolas, junto con el Estado, en partes principales en el proceso ante la Corte. De alguna manera se buscó subsanar las limitaciones ante mencionadas, pero para algunas autoras es aún un paso previo a la plena incorporación de las presuntas víctimas como verdaderos sujetos procedimentales.

A. *El rol de la Comisión*

Entre otras importantes reformas, el Reglamento de 2010 modificó el rol de la Comisión. Ésta dejó de ser una “parte procesal” y pasó a actuar más parcialmente durante su LXI periodo ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

²¹ Artículo 33.3 del Reglamento de la Corte Interamericana adoptado en el XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y enmendado parcialmente durante su LXI periodo ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

como un órgano del sistema interamericano.²² Se afianzó más el equilibrio entre las partes, siendo los representantes de las presuntas víctimas quienes ejercen plenamente sus facultades de litigio ante la Corte, tanto escrita como oralmente. Se redefinió con mayor claridad el papel de la Comisión Interamericana como órgano del sistema interamericano, particularmente en su rol de garante del interés público interamericano. Dentro del proceso se le asignó a la Comisión la tarea de presentación del caso, se limitaron sus actuaciones a determinadas cuestiones dentro del proceso y se le otorgó la función de presentación de observaciones finales,²³ entre otras tareas.

Sin duda, el más reciente cambio reglamentario reasignó el modo en que la Comisión operaba frente a la Corte. Una de las principales críticas de la reforma es que, si bien se hace énfasis en que la Comisión representa el denominado “orden público interamericano”, no queda claro cuál es el contenido y alcance de este principio. Al momento de someter un caso ante la Corte IDH, la Comisión se refiere a qué aspectos de éste van a servir para desarrollar o profundizar la jurisprudencia de la Corte IDH. Pese a que este ejercicio intelectual podría realizarse virtualmente respecto de cualquier caso, resulta interesante que en la práctica sí se evidencia un control sobre qué es considerado de interés regional a través de los peritajes que ofrece la Comisión Interamericana. Estos asuntos de interés regional son sustentados con los objetos de pruebas periciales que plantea la propia Comisión y que deben trascender al interés de las partes en el litigio. No en pocas ocasiones la Corte IDH ha considerado que este objeto no era de interés público interamericano.²⁴ Igualmente, es un hecho que, al momento de comparecer ante la Corte, la Comisión brinda un análisis de contexto y de la relevancia

²² Con la entrada en vigor de estas reformas, el proceso ya no se inicia con la demanda presentada por la Comisión, sino únicamente con la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana.

²³ A diferencia del anterior Reglamento, la Comisión no puede ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas y, de acuerdo con el artículo 50, sólo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos. En los casos en los que se realice audiencia, la Comisión será la que inicie la misma, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso. Los interrogatorios podrán ser hechos por los representantes de las presuntas víctimas y los del Estado. La Comisión podrá interrogar a los peritos en la situación prevista en el artículo 52. Al cerrar la etapa de alegatos, regulada en el artículo 51.7, la Comisión expondrá sus observaciones finales, tal como queda establecido en el numeral 8 del mismo artículo.

²⁴ Corte IDH, *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, Resolución del presidente de la Corte IDH del 10 de abril de 2013, considerando 11.

que puede tener la temática determinada para la situación de derechos humanos en la región.

Por otro lado, existen quienes consideran que el rol de la Comisión debería ser definido más claramente y permitir su mayor participación en el proceso ante la Corte a favor de las víctimas. Para esta postura existe una desventaja considerable entre el poder que ejercería el Estado en un proceso frente al rol de las presuntas víctimas, quienes requerirían a la Comisión, además de sus representantes, para hacer velar sus derechos adecuadamente en el proceso ante la Corte.

B. *El rol de las presuntas víctimas*

Definitivamente, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento, se reconoció a la presunta víctima una nueva jerarquía dentro del proceso. La presunta víctima, a través de su representante, pasó a ser quien vela directamente por sus intereses en el litigio. En el caso de múltiples víctimas se permite la participación de hasta tres intervinientes comunes de los representantes de las víctimas.²⁵

El interés detrás de estos cambios fue reafirmar los principios de contradicción, la igualdad de armas y el balance entre las partes. De esta manera, hoy sólo se consideran como partes en el proceso a los representantes de las presuntas víctimas y a los Estados. La Comisión mantiene el rol descrito con anterioridad donde vela por el orden público interamericano, pero no representa formalmente a las presuntas víctimas.

²⁵ De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. De no haber acuerdo en la designación de un interviniente común en un caso, la Corte o su Presidencia podrá, de considerarlo pertinente, otorgar plazo a las partes para la designación de un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. En esta última circunstancia, los plazos para la contestación del Estado demandado, así como los plazos de participación del Estado demandado, de las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, del Estado demandante en las audiencias públicas, serán determinados por la Presidencia. Artículo 25, inciso 2, del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; entró en vigor, de conformidad con el artículo 78 de dicho Reglamento, el 1o. de enero de 2010.

III. LA CREACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA FIGURA DEL DEFENSOR PÚBLICO INTERAMERICANO

Con el fortalecimiento de la participación directa de la presunta víctima en el proceso ante la Corte —debido a la adopción y entrada en vigor del Reglamento de 2009—, se hizo necesario que las presuntas víctimas cuenten con una representación adecuada que les permitiera hacer valer debidamente sus intereses durante el proceso. Esto llevó a que la Corte se decidiera por la creación de una figura como el defensor público interamericano, dotando así de las herramientas necesarias a las presuntas víctimas para que pudieran ejercer su defensa en igualdad de armas con los Estados, defensa que, por parte de los defensores interamericanos, además resultaría gratuita y técnicamente adecuada.

1. *Antecedentes en el papel de la defensa pública nacional en el sistema interamericano*

Desde antes de la creación y puesta en funcionamiento de la figura del defensor público interamericano, la defensa pública nacional ha sido un actor fundamental en la representación legal de las presuntas víctimas ante el sistema interamericano. De esta manera, en varias ocasiones defensores o defensoras públicas nacionales han actuado velando por los intereses de las presuntas víctimas en procesos ante la Corte Interamericana, presentándose como amici curiae o solicitando medidas provisionales.

Por ejemplo, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*²⁶ —así como en los casos *Fermín Ramírez*²⁷ y *Raxcacó Reyes*,²⁸ ambos en contra de Guatemala—, la representación legal de las víctimas fue ejercida íntegramente durante el proceso ante la Corte Interamericana por defensores

²⁶ Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 14 de mayo de 2013.

²⁷ Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de junio de 2005.

²⁸ Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005.

públicos.²⁹ Esto fue con anterioridad a la existencia del defensor público interamericano. Cabe destacar que en diversas legislaciones nacionales, entre las que destacan particularmente las de Argentina³⁰ y Guatemala,³¹ se reconoce explícitamente la facultad a la defensa pública para asumir la representación legal de presuntas víctimas ante organismos internacionales. Por el contrario, diversos Estados no incluyen explícitamente la posibilidad de que se realice esta representación internacional por parte de las defensas públicas contra el propio Estado. Cabría preguntarse si esto supondría una imposibilidad para poder ejercer la representación internacional de las víctimas o si el vacío legal puede dar lugar a su actuación. En el caso de la defensa pública interamericana, como veremos más adelante, el Reglamento Único prevé la posibilidad de que la normativa nacional no permita que la defensa pública de un determinado Estado ejerza el rol de representante en contra del propio Estado, en cuyo caso no se designará un defensor público interamericano de ese Estado.

La importancia de la defensa pública es evidente, teniendo en cuenta lo íntimamente ligada que se encuentra su implementación y adecuado funcionamiento con el derecho al acceso a la justicia. Esto se manifiesta tanto en lo que respecta a las garantías del debido proceso³² como en relación con el acceso a un recurso judicial efectivo.³³ Es frecuente que la desigualdad económica o social de las personas litigantes se refleje, por un lado, en una imposibilidad total de acceder a la justicia y, por el otro,

²⁹ En el caso *Fermín Ramírez*, la representación de las víctimas estuvo a cargo del Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala (IDPPG) y del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (IECCP). En el caso *Raxcacó Reyes*, la representación estuvo ejercida por el IDPPG y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil).

³⁰ “Patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales que corresponda, a las personas que lo soliciten”. Artículo 51, inciso V, de la Ley 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público) de la República de Argentina (1998).

³¹ Entre las funciones de los defensores públicos se encuentra “[r]ecurrir a las instancias internacionales cuando el caso lo exija”. Reglamento del Servicio Público de Defensa Penal, artículo 17.q). Acuerdo de Consejo 04-99.

³² Artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención.

³³ Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, y su entrada en vigor fue el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención.

en una desigual defensa en el juicio. Al respecto, el Tribunal ha entendido la disponibilidad de una defensa legal gratuita y la posibilidad de afrontar los costos del proceso que resultan fundamentales para la exigibilidad de todos los derechos.³⁴

Por tanto, como parte de sus obligaciones internacionales, el Estado debe adoptar mecanismos internos que aseguren el cumplimiento de su obligación positiva de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. Dentro de estos mecanismos se encuentra la defensa pública, la cual ha sido y continúa siendo uno de los elementos de inestimable valor instrumental para lograr el objetivo de acceso a la justicia. En su jurisprudencia, la Corte ha delimitado cuáles son los elementos para una adecuada defensa técnica; por ejemplo, en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador* presenta las situaciones que constituyen “una negligencia inexcusable o una falla manifiesta”.³⁵ Para ejemplificar los actos violatorios de las obligaciones de los defensores públicos, la Corte hace referencia al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, en el cual la defensora pública no estuvo durante el interrogatorio y sólo se hizo presente para que pudiera iniciar la declaración y al finalizar la misma, una acción claramente incompatible con la obligación establecida en el artículo 8.2.e) de la Convención Americana.³⁶ Otro de los puntos importantes señalados por la Corte IDH en cuanto a la defensa técnica es “la interdicción de subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales”.³⁷ Es decir, se debe velar siempre por los intereses del representado, para lo cual la Corte IDH ha considerado oportuno que se garantice la necesaria “autonomía funcional y financiera de las defensorías públicas”.³⁸ En esta

³⁴ El artículo 8.2 de la Convención Americana consagra que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, entre otras, a las siguientes garantías mínimas: “d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

³⁵ Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015, Serie C, núm. 303, párr. 166.

³⁶ *Ibidem*, párr. 165

³⁷ *Ibidem*, párr. 158.

³⁸ *Ibidem*, párr. 163.

misma línea, los Estados de la región a través del máximo órgano político de la OEA, la Asamblea General han reafirmado la necesidad de dicha autonomía.³⁹

Por su parte, desde antes de la existencia del defensor público interamericano, la Corte ha entendido la importancia que tiene el fortalecimiento de la figura del defensor público nacional y, por tanto, ha venido realizando diversas capacitaciones a las diversas instituciones nacionales, dotándolas de herramientas necesarias para robustecer sus capacidades.⁴⁰

2. El defensor público interamericano

Al entrar en vigor el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana se reafirma el papel de las presuntas víctimas y los Estados como únicas partes en el proceso, por lo que resultó necesario “garantizar que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte”,⁴¹ evitando, además, que las dificultades económicas impidan contar con representación legal. Como habíamos señalado, tanto conceptualmente como en la práctica, la Comisión Interamericana ha dejado de actuar como una parte más en el proceso, por lo que se eliminó la posibilidad de que represente a las víctimas.⁴² Surgió, entonces, la necesidad de crear una figura similar a la

³⁹ OEA, Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), “Hacia la autonomía y fortalecimiento de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, XLIV periodo ordinario de sesiones, Asunción (Paraguay), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2014.

⁴⁰ Antes de la existencia de la figura del defensor público interamericano, la Corte realizó diversas capacitaciones a defensores públicos nacionales, entre las que destacan las siguientes: el Primer Programa de Capacitación en Sistema Interamericano para Defensores Públicos Oficiales de América se llevó a cabo del 11 al 15 de agosto de 2008 en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en el marco del XXXV periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH; el Segundo Programa de Capacitación se realizó durante el XXXVII periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH, del 1o. al 5 de diciembre en la Ciudad de México; el Tercer Programa de Capacitación se efectuó durante el XXXVIII periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH, en Santo Domingo, República Dominicana; el Cuarto Programa de Capacitación se realizó en Chile, del 27 al 30 de abril de 2009, en el marco del XXXIX periodo extraordinario de sesiones de la Corte IDH.

⁴¹ Corte IDH, “Exposición de motivos del Reglamento de la Corte de 2009”, párr. 4.

⁴² Medina, Cecilia. “Modificación de los reglamentos...”, *op. cit.*, pp. 117-126.

defensa pública nacional, pero que pudiera actuar a nivel internacional, que se le denominó “defensor público interamericano”.

Dado el caso en que una o algunas presuntas víctimas no cuenten con representación legal en el procedimiento ante la Corte, el Tribunal podrá determinar la necesidad de que se le designe un defensor para que asuma la representación durante la tramitación del caso.⁴³ Al respecto, la Corte ha entendido que para la efectiva defensa de los derechos humanos y la consolidación del Estado de derecho es necesario, entre otros, que se asegure a todas las personas las condiciones necesarias para que puedan acceder a la justicia tanto nacional como internacional y hagan valer efectivamente sus derechos y libertades. El proveer de asistencia legal a aquellas personas que carecen de recursos económicos o que carecen de representación legal evita, por un lado, que se produzca una discriminación en lo que respecta al acceso a la justicia, pues no hace depender ésta de la posición económica del justiciable, y, por el otro, permite una adecuada defensa técnica en el juicio.⁴⁴ Para cumplir con tales objetivos, la labor del defensor público interamericano se complementa con el “Fondo de Asistencia Legal a Víctimas”, el cual les provee de los recursos necesarios para la preparación del caso ante la Corte, según veremos más adelante.

3. *El rol de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) y el proceso de designación del defensor público interamericano*

Resulta interesante ver que la Corte IDH optó por una salida muy particular a la hora de implementar la defensa pública interamericana. En lugar de crear un cuerpo nuevo de representantes legales que ejerzan la defensa técnica internacional de manera autónoma, se asoció con la AIDEF, que es

⁴³ Artículo 37 del Reglamento de la Corte Interamericana de 2009, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; entró en vigor el 1o. de enero de 2010, de conformidad con el artículo 78 de dicho Reglamento.

⁴⁴ Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), suscrito el 25 de septiembre de 2009, y que entró en vigor el 1o. de enero de 2010, de conformidad con el artículo 8o. de dicho acuerdo, considerando tercero. Corte IDH, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010, San José, OEA, 2011, p. 18.

la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Es una institución de carácter civil,⁴⁵ no lucrativa, apolítica, no religiosa, social y cultural integrada por las instituciones estatales de defensorías públicas y asociaciones de defensores públicos de América, que tienen a su cargo la representación, la asesoría y la defensa técnica en juicio de las personas.⁴⁶ Entre las instituciones estatales y asociaciones miembros se encuentran aquellas provenientes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.⁴⁷

De esta manera, la Corte Interamericana y la AIDEF firmaron un Acuerdo de Entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) en 2009, el cual entró en vigor el 1o. de enero de 2010, y el 7 de junio de 2013 fue aprobado por el Consejo Directivo de la AIDEF el “Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁴⁸ Este Reglamento fue actualizado por un nuevo Reglamento, adoptado el 3 de septiembre de 2018,⁴⁹ que regula tanto el proceso

⁴⁵ La AIDEF se creó el 18 de octubre de 2003 en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en ocasión de la celebración del II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. El Estatuto de la AIDEF se constituyó jurídicamente en Montevideo, Uruguay, el 25 de mayo de 2009. Para acceder al Estatuto: <http://www.aidef.org/wtksite/downloads/ESTATUTO.pdf>.

⁴⁶ Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), suscrito el 25 de septiembre de 2009, y que entró en vigor el 1o. de enero de 2010, de conformidad con el artículo 8o. de dicho Acuerdo, considerando segundo.

⁴⁷ Entre los fines de la AIDEF destacan: “i) [d]efender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos y las garantías reconocidos en las normas de la Declaración Americana... y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y “ii) [p]ropiciar que las legislaciones existentes en los países americanos y del Caribe y sus reformas, respeten y hagan efectivas las garantías contempladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente aquellas que protegen los derechos de los grupos sociales más vulnerables”. Estatuto de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, adoptado el 5 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.aidef.org/wtk/pina/estatuto>.

⁴⁸ Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 7 de junio de 2013 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y su entrada en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, fue el 14 de junio de 2013.

⁴⁹ Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el

ante la Corte IDH como ante la Comisión Interamericana y se le conoce como “Reglamento Unificado”.

La Secretaría General selecciona dentro de sus miembros a un cuerpo de veintitún defensores públicos interamericanos por un periodo máximo de tres años, pudiendo ser reelegidos por un solo periodo consecutivo. Cada Estado integrante de la AIDEF propone dos defensores públicos, “quienes deberán tener formación en derechos humanos”.⁵⁰

A su vez, ya en el marco de la tramitación del caso contencioso ante la Corte IDH, es necesario cumplir con una serie de pasos para que la designación de un defensor público interamericano se vuelva operativa en la práctica. Cuando alguna presunta víctima no cuente con representación legal y/o carezca de recursos económicos en un caso y manifieste su voluntad de ser representada por un defensor interamericano, la Corte lo comunicará al coordinador general de la AIDEF, para que dentro del plazo de diez días designe al defensor o defensora que asumirá la representación y defensa legal. La Secretaría General de la AIDEF seleccionará dos defensores titulares y uno suplente⁵¹ del cuerpo de defensores públicos interamericanos para que realicen esta representación ante la Corte. Por su parte, el Tribunal les remitirá a éstos la documentación referente a la presentación del caso ante el Tribunal, de modo que éstos asuman desde ese momento la representación legal de la presunta víctima ante la Corte.

Existen criterios objetivos y subjetivos para la designación de un defensor público interamericano.⁵² En cuanto a los objetivos, en primer lugar, hay que reiterar que se tratan de dos personas, de entre las cuales una provendrá del Estado demandando, mientras que la otra de uno diferente. Resulta interesante esta apuesta por balancear que se trate de una

3 de septiembre de 2018 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, el 14 de junio.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Artículo 12 del Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 3 de septiembre de 2018 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, el 14 de junio.

⁵² Artículos 12 y 13.1 del Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 3 de septiembre de 2018 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, el 14 de junio.

persona cercana a la realidad y legislación nacional, en tanto que la otra sea alguien que parecería tener suficiente independencia y lejanía con el asunto, contexto o situación al no ser nacional del Estado demandado. Por supuesto, el Reglamento Unificado también prevé expresamente el hecho de que, en el Estado demandado, la defensa pública esté impedida legalmente de ejercer la defensa internacional en contra de dicho Estado. También puede ocurrir que dentro del cuerpo de los veintiún defensores interamericanos previamente designados no se encuentre uno de nacionalidad del Estado previamente concernido. Para ambos supuestos se le designará a la víctima un defensor interamericano de otra nacionalidad. Esto ha ocurrido en varios casos de Perú y Venezuela, donde se han designado defensores públicos interamericanos de otras nacionalidades diferentes a las de los respectivos Estados.

Respecto de los criterios subjetivos, si bien el Reglamento los denomina como tales, soy de la opinión que éstos, además de ser subjetivos, son sustanciales, ya que se refieren a la materia sobre la cual versará el caso que van a representar. Se trata de cuatro criterios: A) la índole de los derechos violados; B) las circunstancias del caso; C) la formación curricular y académica del defensor público interamericano, y D) que la experiencia del defensor esté relacionada con los incisos A y B.

En cuanto a la formación que puedan tener los defensores públicos interamericanos, es preciso destacar que, en el marco del Acuerdo entre la Corte y la AIDEF, la Corte ha venido realizando diversos cursos y programas de capacitación a los defensores públicos interamericanos con el fin de mantener su perfil profesional y académico elevado.⁵³ Igualmente,

⁵³ Éstos son los cursos y programas de capacitación impartidos: Quinto Programa de Capacitación para Defensores Públicos Interamericanos (23-27 de agosto de 2010), San José, Costa Rica; Programa de Capacitación en Sistema Interamericano para Defensoras y Defensores Públicos Oficiales de Costa Rica (8, 15, 22 y 29 de marzo de 2011), San José, Costa Rica; Curso de Formación para Defensores Interamericanos, “Estudio profundizado de estándares internacionales sobre derechos humanos, 2011”, Santiago, Chile; Programa de Capacitación en Sistema Interamericano para Defensoras y Defensores Públicos Oficiales de Costa Rica (7, 14, 21 y 28 de marzo de 2012), San José, Costa Rica; Formación de la Corte Interamericana, junto con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (27 al 31 de agosto de 2012), Santiago, Chile; Curso de Formación para Defensores Interamericanos, “Estudio profundizado de estándares internacionales sobre derechos humanos” (27-31 de agosto de 2012), San José, Costa Rica; Programa de Capacitación a Defensa Pública de Costa Rica (16 de abril de 2013), San José, Costa Rica; Taller para Defensores Públicos sobre el Sistema Interamericano

entre los compromisos asumidos por la AIDEF se encuentra el “capacitar en forma permanente al cuerpo de defensores públicos interamericanos”, así como el realizar convenios o acuerdos con instituciones públicas y privadas “...a fin de garantizar que expertos en materia de derechos humanos, consultores técnicos en disciplinas sociales, intérpretes y traductores calificados colaboren en la actuación y capacitación de los defensores públicos interamericanos”.⁵⁴ Más aún, existe el compromiso por parte de los defensores públicos interamericanos de asistir “obligatoriamente a los cursos de capacitación organizados por la AIDEF”.⁵⁵

Parece ser que la apuesta que ha realizado la Corte Interamericana en la designación de defensores públicos interamericanos dentro de las filas de la AIDEF está apuntando a, por lo menos, tres objetivos: primero, que las presuntas víctimas cuenten con una representación gratuita, puesto que los miembros de la AIDEF —de conformidad con el Acuerdo de Entendimiento y el Reglamento— sólo podrán cobrar por los gastos que origine la defensa; segundo, que dicha defensa no sea sólo gratuita, sino también de calidad, ya que, como vimos, los defensores reciben constante capacitación y tienen un alto grado de expertise en la materia, y tercero, teniendo en cuenta que entre los fines de la AIDEF se encuentra la promoción de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, ésta se convierte en una excelente plataforma de difusión y promoción del derecho internacional de los derechos humanos, en constante diálogo y colaboración con la Corte Interamericana.⁵⁶

y Seminario Internacional de Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (17-19 de junio de 2013), Santiago, Chile; Programa de Capacitación a Defensores Públicos Interamericanos (18-20 de agosto de 2014), San José, Costa Rica.

⁵⁴ Artículos 7o. y 12 del Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 3 de septiembre de 2018 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, el 14 de junio.

⁵⁵ Artículo 12 del Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 3 de septiembre de 2018 por el Consejo Directivo de la AIDEF, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 27 de dicho Reglamento, el 14 de junio.

⁵⁶ Por ejemplo, el 25 de marzo de 2014 se realizó en Washington, Estados Unidos, una reunión entre el presidente del Tribunal, el vicepresidente, el secretario (los jueces Humberto Sierra Porto, Roberto F. Caldas y Pablo Saavedra Alessandri, respectivamente) y diversos

4. *La puesta en marcha del defensor público interamericano*

Como toda gran idea, su pertinencia y utilidad no se encuentran probadas si no ha sido trasladada al terreno práctico. Desde la creación de la figura del defensor público interamericano, la Corte, en coordinación con la AIDEF, ha designado estos defensores en dieciocho casos.⁵⁷ Esto refleja cómo, en la práctica, este mecanismo viene siendo utilizado por las presuntas víctimas y permite que se concrete la representación legal de aquellas que no contaban con asistencia adecuada desde un inicio del proceso ante la Corte hasta la emisión de la sentencia.

IV. ASPECTOS PROCESALES RELEVANTES

1. *Autonomía de la defensa, gratuidad y rol de la víctima*

Con la nueva posición de las víctimas dentro del proceso como una parte procesal, se garantiza que toda presunta víctima tenga una representación legal que haga valer sus intereses ante la Corte, función que es esencial, toda vez que la Comisión ya no puede asumir esta representación.

No se requiere acreditar la carencia de recursos económicos para la solicitud de designación de un defensor público interamericano, sino que basta con que la presunta víctima no cuente con una representación legal. Cabe destacar que ésta es una diferencia fundamental con la posibilidad de acceder a la representación legal de un defensor interamericano en el proceso de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana, donde la designación está limitada a que la presunta víctima pruebe la carencia de recursos económicos. Lo mismo ocurre con el acceso al Fondo de Asistencia Legal a las Víctimas, donde no sólo se requiere que se pruebe esta condición, sino que en ocasiones se ha denegado.⁵⁸

miembros de la AIDEF de diferentes países. Dicha reunión tuvo como propósito evaluar el funcionamiento de la figura del defensor interamericano.

⁵⁷ Corte IDH, *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 145.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de agosto de 2013.

2. Designación ante la falta de representación legal de las víctimas

La figura del defensor público interamericano también ha servido para sufragar la inexistencia de un representante o, incluso, la falta de respuesta por parte de las víctimas o de sus familiares. Por ejemplo, en el caso *Martínez Coronado vs. Guatemala*, el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala había actuado como representante de las víctimas ante la Comisión Interamericana. Sin embargo, la Corte no obtuvo respuesta, en tres comunicaciones, sobre la confirmación de la representación de la presunta víctima en el proceso ante este tribunal internacional. Es por ello que la Corte decidió otorgar la representación al defensor público interamericano.⁵⁹

3. Momento procesal en que intervienen los defensores públicos interamericanos

El defensor público interamericano puede ser designado en cualquier momento en el proceso. Sin embargo, su designación en una etapa no invalida lo actuado; por ejemplo, en el caso *Canales Huapaya vs. Perú*, con anterior a la designación del defensor público interamericano, las presuntas víctimas ya habían presentado el escrito de solicitudes y argumentos y pruebas, que es el instrumento inicial en el procedimiento escrito ante la Corte IDH, luego del escrito de sometimiento del caso por parte de la Comisión Interamericana. En este caso, la Corte no interrumpió el procedimiento ni solicitó un escrito nuevo, sino que consideró que debían atenerse a la intervención posterior conforme el Reglamento.

4. Cambio de la defensoría pública interamericana por representación legal propia

Siendo la representación legal eminentemente voluntaria, las presuntas víctimas pueden optar por cambiar la representación en cualquier momen-

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 10 de mayo de 2019, Serie C, núm. 376, párr. 5.

to en el proceso. Por ejemplo, en el caso *Canales Huapaya vs. Perú*, una vez dictada la sentencia una de las víctimas decidió nombrar un propio representante, que interpuso una solicitud de interpretación de la sentencia. Los defensores públicos interamericanos se mantuvieron en la defensa de la otra víctima.⁶⁰

Igualmente, en el caso *Zegarra Marín vs. Perú*, luego de un año y medio en el proceso se cambió a la defensora pública interamericana. Esta situación se encuentra consignada en la sentencia del caso, pero no se explican cuáles habrían sido los motivos para este cambio que se dio un año después de su designación como defensora pública interamericana para ese caso.⁶¹

5. *Impugnación por parte de las víctimas del defensor público interamericano*

El Reglamento Unificado regula la posibilidad de excluir de un caso en particular a un defensor interamericano. Se trata de los supuestos contemplados en el artículo 21, que pueden ser resumidos en: *A)* una situación de conflicto insuperable de interés, ya sea con la víctima o con el Estado demandado; *B)* se comprometa la integridad física o psíquica, de forma que impida el ejercicio de una defensa técnica eficaz del defensor público interamericano; *C)* la víctima rechace la defensa “por alguna causa fehacientemente justificada”, y *D)* se incumpla con requerimientos formales establecidos en el artículo 9o. del Reglamento y “ello derive en una afectación de una defensa técnica eficaz en el caso concreto”.

En la práctica de los diez años de la defensa pública interamericana, hemos podido identificar tres situaciones en que se ha buscado excluir a los defensores públicos interamericanos, todas ellas vinculadas con su nacionalidad. En los casos *Furlán y Jenkins*, ambos contra Argentina, y el caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, las víctimas mostraron su desconfianza

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 321, nota al pie de p. 1.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Zegarra Marín vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018, Serie C, núm. 347, párr. 4 y nota al pie 2.

ante la nacionalidad de los defensores públicos interamericanos, al ser la misma del Estado demandado. Esta “impugnación” se realizó en las etapas iniciales del proceso ante la Corte IDH.

Resulta interesante ver que esta problemática fue superada en el caso *Furlán*, ya que la presidencia de la Corte IDH en el marco de la tramitación del proceso respondió a las inquietudes de la víctima. Se le indicó, entre otras cosas, que, si bien el defensor público interamericano se trataría de un funcionario argentino, debe velar por los intereses de la víctima. Agregó que la designación de una persona argentina en este caso tiene que ver más bien con cuestiones prácticas, relacionadas con mantener una comunicación “constante y cercana” con la víctima, así como “la experticia sobre el derecho interno que en muchos casos es necesaria para litigar ante la Corte IDH”.⁶²

No obstante, esta situación no fue superada en el caso *Jenkins vs. Argentina*, donde se optó por cambiar a la defensora interamericana inicialmente designada por una de nacionalidad paraguaya.⁶³ En el mismo sentido, en el caso *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, que es un caso con múltiples víctimas, ante la desconfianza de dos de las víctimas de contar con defensores públicos de nacionalidad costarricense, se incorporó una defensora interamericana de nacionalidad nicaragüense.

6. El Fondo de Asistencia Legal a las Víctimas

Tal como se había mencionado anteriormente, la labor del defensor público interamericano se complementa con el Fondo de Asistencia Legal a las Víctimas de la Corte Interamericana. En 2008, la Asamblea General de la OEA creó el Fondo de Asistencia de la Corte y encomendó al Consejo Permanente de la OEA su reglamentación.⁶⁴ Dicho Fondo de Asistencia fue creado con el “objeto [de] facilitar el acceso al sistema interamericano de

⁶² Corte IDH, *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246, nota al pie 6.

⁶³ Corte IDH, *Caso Jenkins vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2019, Serie C, núm. 397, párr. 5.

⁶⁴ OEA, AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII periodo ordinario de sesiones de la OEA, en

derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”.⁶⁵ Según lo dispuesto en el Reglamento adoptado por el Consejo Permanente en noviembre de 2009, el Fondo de Asistencia del Sistema Interamericano consta de dos cuentas separadas: una correspondiente a la Comisión Interamericana y otra correspondiente a la Corte Interamericana.⁶⁶

La manera en la que el Fondo de Asistencia del Sistema Interamericano es financiado consiste en que éste depende de los “aportes de capital voluntarios de los Estados miembros de la OEA, de los Estados Observadores Permanentes, y de otros Estados y donantes que deseen colaborar”.⁶⁷ Asimismo, conforme al artículo 4o. del Reglamento aprobado por el Consejo Permanente, corresponde a la Corte Interamericana reglamentar los requisitos de elegibilidad para solicitar la asistencia, así como el procedimiento para la aprobación de la misma.

En este sentido, el 4 de febrero de 2010 se emitió el Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas (en adelante, FALV), el cual entró en vigor el 1o. de junio de 2010. Asimismo, el 1o. de marzo de 2011 entró en vigor el Reglamento de la Comisión Interamericana sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El FALV tiene como objeto facilitar el acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos suficientes para llevar su caso ante el Tribunal. Una vez que la presunta víctima acredita no disponer de recursos económicos suficientes, la Corte decide aprobar mediante resolución las oportunas erogaciones, con el objeto de que sean satisfechos los gastos derivados del proceso.

la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, “Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, párr. dispositivo 2.b.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. dispositivo 2.a; OEA, CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, “Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, artículo 1.1.

⁶⁶ Artículo 3.1 del Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CP/RES. 963 (1728/09).

⁶⁷ Artículo 2.1 del Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CP/RES. 963 (1728/09).

De esta manera, una vez que el caso ha sido presentado ante la Corte, toda víctima que no cuente con los recursos económicos necesarios para soportar los gastos generados por el litigio podrá solicitar expresamente acogerse al FALV.⁶⁸ Si bien la representación legal por parte del defensor interamericano es gratuita, éste puede cobrar únicamente los gastos que la defensa le origine.⁶⁹ Aquí es donde entra en juego el FALV, ya que, de conformidad con el Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana y la AIDEF,⁷⁰ “[l]a Corte Interamericana... sufragará, en la medida de lo posible, y a través del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, los gastos razonables y necesarios en que incurra el defensor interamericano designado”. Por su parte, el defensor designado “deberá presentar ante la Corte todos los comprobantes necesarios que acrediten los gastos en que se ha incurrido con motivo de la tramitación del caso ante ésta”.⁷¹ Por ejemplo, en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, la AIDEF corrió con los gastos de la realización de una prueba cognitiva para la víctima, con el objeto de sustentar las medidas de reparación pertinentes. Al momento de dictar el fallo, la Corte ordenó el reintegro por parte del Estado de estos gastos al FALV.

Una vez culminado el proceso, dentro de la sentencia, la Corte evaluará la procedencia de ordenar al Estado demandado el reintegro al Fondo

⁶⁸ De acuerdo con el Reglamento, la presunta víctima que desee acogerse a dicho Fondo deberá hacerlo saber a la Corte en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Además, deberá demostrar, mediante declaración jurada y otros medios probatorios idóneos que otorguen pautas de convicción al Tribunal, que carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte e indicar con precisión qué aspectos de su participación requieren el uso de recursos del Fondo. La presidencia de la Corte será la encargada de evaluar cada una de las solicitudes que se presenten, determinar su procedencia o improcedencia e indicar, en su caso, qué aspectos de la participación se podrán solventar con el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas. Artículo 2o. del Reglamento de la Corte Interamericana sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal a las Víctimas.

⁶⁹ Artículo 4o. del Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), suscrito el 25 de septiembre de 2009, y que entró en vigor el 1o. de enero de 2010, de conformidad con el artículo 8o. de dicho Acuerdo.

⁷⁰ Cabe destacar que el Reglamento del Fondo de Asistencia no menciona expresamente al defensor público interamericano ni la posibilidad de que éste se acoja al Fondo.

⁷¹ Artículo 4o. del Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), suscrito el 25 de septiembre de 2009, y que entró en vigor el 1o. de enero de 2010, de conformidad con el artículo 8o. de dicho Acuerdo.

de las erogaciones en que se hubiera incurrido e indicará el monto total adeudado.⁷²

7. *Perspectiva comparada*

La propuesta del sistema interamericano es entonces única y singular. En ninguno de los otros sistemas regionales existe una apuesta por la defensa pública nacional, sino que se recurre a un fondo para que las víctimas recurran a la defensa privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuye un presupuesto, fijado por el secretario del Tribunal,⁷³ al recurrente para que elija un abogado privado como representación legal.⁷⁴ La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sigue la misma línea que su homóloga europea, otorgando a las partes “una representación y/o una asistencia legal gratuita”,⁷⁵ “dentro del presupuesto disponible”.

8. *Desafíos*

Hoy resulta muy difícil encontrar problemas estructurales en la forma en que el defensor público interamericano se encuentra regulado, así como podemos evidenciar que su actuación ha tenido un impacto positivo en el acceso a la justicia de las víctimas. López Puleio, quien ejerció como defensora pública interamericana, a dos años de la entrada en vigencia del Reglamento que preveía la puesta en marcha de esta figura jurídica, reflexionaba sobre los retos de su adecuada implementación.⁷⁶ Cuestiones como la necesidad de que exista defensor público interamericano ante la Comisión Interamericana y un mecanismo como el FALV, entre otros, reseñados en

⁷² Artículo 1o. del Reglamento de la Corte Interamericana sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, aprobado el 4 de febrero de 2010, y que entró en vigor, de conformidad con el artículo 8o. de dicho Reglamento, el 1o. de junio de 2010.

⁷³ Artículo 109 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019).

⁷⁴ Artículo 108 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2019).

⁷⁵ Artículo 31 del Reglamento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2008).

⁷⁶ López Puleio, María Fernanda, “La puesta en escena del defensor público interamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2013.

esa ocasión, ya han sido sufragados por la nueva normativa, incluyendo el nuevo Reglamento Unificado de la AIDEF, y la experiencia de los años posteriores.

En esta línea, podemos ver que la puesta en funcionamiento del defensor público interamericano ha sido positiva, por lo que el desafío que se presenta a la Corte Interamericana ya no es posicionar el cuerpo de defensores públicos, sino de fortalecerlo.

En primer lugar, el proceso de designación que depende de la AIDEF debe siempre tener en cuenta los criterios objetivos de conocimientos técnicos, contenidos en el Reglamento Único. La rigurosidad en la designación de personas técnicamente idóneas y adecuadas para ejercer la defensa ante la Corte IDH es esencial. En este sentido, resulta esencial que la Corte IDH continúe con las capacitaciones que realiza al cuerpo de defensores públicos interamericanos.

En segundo lugar, debe reafirmarse la autonomía de estos defensores. Siendo que la Corte IDH ha apostado por un sistema de cooperación con la AIDEF, resulta necesario que esta Asociación apoye garantizar la autonomía e independencia de los defensores públicos interamericanos de cara no sólo a sus instituciones nacionales, sino también a sus propios Estados. Hemos visto que en la práctica existe preocupación por parte de las presuntas víctimas porque la defensa sea ejercida por representantes de defensas públicas nacionales de su propio Estado.

En tercer lugar, la visión de las víctimas, como usuarias del sistema interamericano, es esencial para un balance comprensivo. Se requiere integrar sus pareceres y sus voces a la hora de considerar cuáles son las modificaciones o reformas integrales que debe realizarse a la figura del defensor público interamericano.

V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la evolución del rol de la víctima en el proceso ante la Corte IDH, que hoy se integra autónomamente como una parte procesal, el desarrollo del defensor público interamericano constituye un hito esencial para el acceso a la justicia en las Américas. La Corte Interamericana ha optado por regular su figura en su Reglamento de 2009 a través de la coo-

peración con la AIDEF. Por medio de una normativa propia (Reglamento Unificado), la AIDEF se encarga de escoger al cuerpo de defensores públicos interamericanos, así como a designar en el caso concreto quienes ejercerán la defensa. Los criterios para tomar en cuenta son tanto objetivos como subjetivos y la posibilidad de actuar en contra de sus propios Estados.

Entre los aspectos procesales relevantes que tiene la figura de este tipo de defensor se encuentra la gratuidad, que es totalmente independiente de la condición económica de la presunta víctima. Además, destaca el hecho de que, si bien la Corte IDH no participa de la designación de estos defensores, sino que es la AIDEF, ésta sí puede controlar procesalmente los cambios que se hagan de la representación o analizar las impugnaciones que hagan las víctimas. En esta línea, es una característica importante el hecho de que se pueda cambiar de defensor público interamericano en cualquier etapa del proceso y que se permita su actuación tanto en el procedimiento de fondo como en la supervisión de cumplimiento, así como en las solicitudes de medidas provisionales. La labor de estos defensores se complementa con el FALV, que permite subrogar los gastos y sostener financieramente el proceso desde la perspectiva de la presunta víctima. Es estimable que el sistema interamericano, a diferencia de sus pares europeo y africano, ha apostado por la cooperación con la defensa pública nacional para la implementación de la representación gratuita y técnicamente adecuada. Los otros sistemas regionales han recurrido a la defensa privada.

Finalmente, con una década desde su implementación y dieciocho casos en que se ha recurrido a esta importante herramienta para el acceso a la justicia, los retos residen en la consolidación, más que en su implementación. Por un lado, evidenciamos que es necesario mantener la rigurosidad en la elección de los defensores públicos interamericanos, sustentándose en criterios técnicos y objetivos. Por el otro, se tiene que trabajar en reafirmar la autonomía funcional de estos defensores. De manera transversal, un adecuado balance sobre los retos y oportunidades de la figura del defensor público interamericano requerirá una discusión más amplia que integre las voces de las víctimas y sus pareceres sobre cuáles cambios o reformas más comprensivas se requerirán para poder cumplir con el objetivo esencial de esta figura, que es el acceso a la justicia de aquellas personas que han visto vulnerados sus derechos humanos y pretenden legítimamente una reparación integral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Juana, *La protección de víctimas indeterminadas en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, 2000.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, 2000.
- CORTE IDH, *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2010, San José, OEA, 2011.
- GIALDINO, Rolando, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.
- LONG, Soray, “Reflexión sobre posibles reformas a los reglamentos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL*, año 3, núm. 4, 2008.
- LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, “La puesta en escena del defensor público interamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2013.
- MEDINA, Cecilia, “Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, 2011.
- MEDINA, Cecilia, “The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System”, *American Journal of International Law*, 1988.
- OEA, “Informe del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (9 de marzo de 2001)”, OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, 16 de marzo de 2001.

SALVIOLI, Fabián, “Derechos, acceso, y rol de las víctimas, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José (Costa Rica), IIDH, 1997.

Políticas económicas frente a la Covid-19 desde la perspectiva de un nuevo derecho internacional

*Economic policies versus Covid-19 from the perspective
of international law*

*Les politiques économiques face à la Covid-19 du point
de vue d'un nouveau droit international*

Doris Teresita **MENDOZA LÓPEZ***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Directrices de los organismos internacionales*. III. *La experiencia internacional ante la Covid-19*. IV. *Políticas económicas frente a la Covid-19 en México*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Referencias*.

* Universidad Autónoma de Sinaloa, México; ORCID ID: <https://orcid.org/00000002-4119-7917>, dorismendoza@uas.edu.mx.

Artículo recibido el 5 de octubre de 2020

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 509-547
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: La crisis sanitaria ha traído consigo mayores efectos a la economía mundial que la Gran Recesión;¹ puesto que la Covid-19 perturba a todos los sectores de la economía mundial y a todas las regiones del orbe, restringe el movimiento y promueve el distanciamiento social. Como consecuencia de ello, se ven afectadas las cadenas de valor global, ocasionando una caída del comercio global de 32% o más para finales de 2020, así como la contracción económica global; de ahí que distintas organizaciones internacionales, con experiencia en el desarrollo de políticas económicas y de medidas fiscales y monetarias, hayan emitido una serie de recomendaciones para los gobiernos nacionales, con el fin de contrarrestar, de manera inmediata, los efectos negativos derivados por la Covid-19. En el presente trabajo se exponen las repercusiones económicas de la crisis sanitaria en el mundo y las recomendaciones y/o directrices de los organismos internacionales para impulsar la pronta recuperación de la economía mundial en todos los ámbitos, las cuales señalan cómo deben ser las medidas fiscales y monetarias frente a la Covid-19. Por último, en el marco de lo que ha sido posible de predecir, la crisis sanitaria trae a colación el fortalecimiento de un nuevo ordenamiento mundial caracterizado por la armonización de políticas fiscales emitidas por las instituciones globales, es decir, un orden jurídico nutrido por normas conocidas como *soft law*, que es dirigido por organismos globales.

Palabras clave: fiscalidad, Covid-19, *soft law*.

ABSTRACT: The sanitary crisis has brought greater effect to the world economy than the Great Recession; Covid-19 disrupts all sectors of the world economy and all regions of the orb, restricts movement and promotes social distancing. As a result, global value chains are affected, causing global trade to fall by up to 32% or more by the end of 2020, and global economic contraction. This implies that different international organizations with experience in the development of economic policy, fiscal and monetary measurements have expressed a series of recommendations for the national governments in order to resist, in an immediate way, the negative effects derived for Covid-19. In this paper, it is presented the economic impact of the health crisis on the world, and the recommendations and/or guidelines of the international organizations to promote the rapid recovery of the world economy, in all areas, which point to what taxation should look like in relation to Covid-19. Finally, within the framework of what it has been possible to predict, the sanitary crisis brings to collation the strengthening of a new world arranging characterized by the harmonization of fiscal politics expressed by the global institutions. That is, a legal order nurtured by standards known as *soft law* and led by global organisms.

Key words: taxation, Covid-19, *soft law*.

¹ Se denomina así a la crisis financiera iniciada en Estados Unidos (particularmente en el sector inmobiliario) entre 2007 y 2008, cuyas consecuencias repercutieron en todos los países del mundo, en virtud de la integración e interdependencia producidas por el proceso de globalización. Tal como mencionan Pablo Martín-Aceña y María Ángeles Pons: “la globalización aumenta el riesgo de contagio”. Esta crisis provocó grandes deudas en bancos, afectó el sistema financiero internacional, aumentó las tasas de desempleo, etcétera. Martín-Aceña, Pablo y Pons, María Ángeles, *La gran recesión: orígenes y desarrollo*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2011, pp. 5 y ss.

RÉSUMÉ: La crise sanitaire a produit des conséquences plus significatives pour l'économie mondiale que la Grande Récession;² étant donné que la Covid-19 altère tous les secteurs de l'économie mondiale et toutes les régions de l'orbe, ainsi qu'elle restreint le mouvement et favorise la distanciation sociale, les chaînes de valeur mondiale sont affectées, provoquant la chute du commerce international jusqu'à 32% ou plus d'ici à la fin de l'année 2020, ainsi que la contraction économique mondiale. Par conséquent, plusieurs organisations internationales, expérimentées dans le développement de la politique économique et les mesures fiscales et monétaires, ont émis une série de recommandations pour les gouvernements nationaux, afin de combattre immédiatement les effets négatifs liés à la Covid-19. Enfin, dans ce document, on montre les répercussions économiques de la crise sanitaire dans le monde et les recommandations et/ou lignes directrices des organisations internationales pour stimuler rapidement la restauration de l'économie mondiale, lesquelles indiquent comment les mesures fiscales et monétaires doivent être face à la Covid-19. Dans le cadre de ce qui a été possible de prévoir, la crise sanitaire amène le renforcement d'un nouvel ordre mondial caractérisé par l'harmonisation des politiques fiscales émises par les institutions globales. Notamment, un ordre juridique nourri par les normes appelées *soft law*, et dirigées par des organisations mondiales.

Mots-clés: fiscalité, Covid-19, *soft law*.

I. INTRODUCCIÓN

En el escenario económico global, la Covid-19 ha traído consigo mayores consecuencias humanas, sanitarias y económicas que la crisis financiera de 2008, ya que la Covid-19 ha perturbado a todos los sectores de la economía mundial y a la mayoría de las regiones del orbe.³

² Crise financière qui a commencé dans les États-Unis, particulièrement dans le secteur immobilier, entre les années 2007 et 2008, dont ses conséquences sont arrivées jusqu'à tous les pays du monde à cause de l'intégration et l'interdépendance produit par la globalisation. Selon Pablo Martín-Aceña et María Ángeles Pons: «la globalisation augmente le risque d'infection». Cette crise a provoqué des grandes dettes bancaires, ainsi que l'affectation du système financier international et l'augmentation du taux de chômage, parmi d'autres. Martín-Aceña, Pablo y Pons, María Ángeles., *La gran recesión: orígenes y desarrollo, documentos de trabajo en historia económica*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2011, núm. 01-11, pp. 5 y ss.

³ En este punto, Ríos Granados infiere que la crisis que ha traído la Covid-19 a la economía mundial es comparable a la Gran Depresión de 1929 y asevera que la economía en México está en una situación crítica. Ríos Granados, Gabriela, "Gasto público y fondos de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Estado mexicano", en González Martín, Nuria y Serna de la Garza, José María (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 16, p. 26.

Traer a colación la Gran Recesión implica acercarnos a las diferencias y similitudes entre ésta y la actual crisis sanitaria. En la crisis financiera, para contrarrestar la recesión, los gobiernos nacionales intervinieron mediante políticas monetarias y fiscales, con el fin de proporcionar a las empresas y a los hogares ayuda para mantener sus ingresos. En efecto, fomentar el consumo y la inversión sirve para activar los sectores de la economía.

Sin embargo, aun cuando el gobierno implementa medidas para fomentar el gasto, la reciente crisis sanitaria restringe el movimiento y promueve el distanciamiento social, por lo que se disminuye la oferta de trabajo y los servicios de transporte. Esto último genera que los viajes y el turismo se vean afectados directamente y, en consecuencia, se cierran hoteles, restaurantes, centros comerciales, fábricas, etcétera, además de que se establecen restricciones para el comercio minorista no esencial.⁴

No es baladí mencionar que también se ven afectadas las cadenas de valor global —máxime si hablamos de las del sector manufacturero de la industria automotriz y de la electrónica—, amén del efecto inmediato que ha tenido sobre la inversión extranjera directa (IED), por lo cual se prevé que se mantengan las consecuencias a largo plazo, pues, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD), los flujos de inversión caerán 40% durante 2020 y 5 y 10% adicional durante 2021.⁵

Por su parte, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) señala que la Covid-19 ha ocasionado un impacto drástico en el escenario económico de México. SHCP, Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 42, fracción I, de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria “Pre-criterios 2021”, 2020, pp. 6 y ss.; disponible en: https://www.finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/precgpe/precgpe_2021.pdf.

⁴ Esto concuerda con la idea de Pablo Martín-Aceña y María Ángeles Pons, de que toda crisis genera incertidumbre y la ralentización de la actividad económica, ya que se infiere que la incertidumbre de la crisis sanitaria por la Covid-19 afecta a los gobiernos (por el diseño y aplicación de políticas que hagan frente a la situación de forma inmediata), a las empresas (ya que limita sus decisiones de inversión) y a los hogares (ya que deciden gastar menos y ahorrar más). Martín-Aceña, Pablo y Pons, María Ángeles, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

⁵ La Covid-19 ha tenido un impacto inmediato y negativo en la economía para 2020. Sin embargo, el deterioro continuará durante 2021, ya que se estima que la caída de IED será mayor a la de la Gran Recesión. Comité de Coordinación de las Actividades Estadísticas (CCA), *How COVID-19 is Changing the World: a Statistical Perspective*, 2020, vol. II, pp. 24 y 25; disponible en: https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa_vol2.pdf; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD), *World Investment Report 2020*, Ginebra, ONU, 2020, pp. 2 y ss.; y CCAE, *How COVID-19 is changing the world: a*

Conforme a lo anterior, aunque el comercio de servicios es el más afectado por la pandemia, el comercio de bienes también ha sufrido notables consecuencias, las cuales se añan a las tensiones comerciales que atravesaba el sector.⁶

Entre las consecuencias para la economía mundial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) estimó que el comercio internacional caería drásticamente. En un escenario positivo (si se logra controlar la pandemia para el segundo semestre de 2020), el comercio disminuiría aproximadamente 13% para finales de dicho año. En cambio, si hay una falta de control de la pandemia, esto ocasionaría una caída del comercio global de 32% o más; de ahí que la OMC haya destacado que la recuperación del comercio mundial para 2021 depende tanto de la duración de la crisis sanitaria como de las políticas que los gobiernos nacionales implementen.⁷

statistical perspective, 2020, vol. I, pp. 26 y ss.; disponible en: <https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa.pdf>.

⁶ Se hace referencia a la tensión comercial entre Estados Unidos y China, respecto al aumento de gravámenes a la importación entre ambas naciones. Como ejemplo de dicha tensión, se pueden mencionar las reclamaciones presentadas por los dos gobiernos ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde 2018 (año en que ambos gobiernos iniciaron una intensa guerra comercial) por los siguientes temas: i) medidas relacionadas con la energía renovable, y ii) medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China. Sobre el tema, véase OMC, “Estados Unidos — Determinadas medidas relacionadas con la energía renovable”, 2018; disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds563_s.htm; y OMC, “Estados Unidos — Medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China II”, 2018; disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds565_s.htm, respectivamente. Otra información que puede consultarse es: Forbes, “Persiste la «tensión comercial» entre Estados Unidos y China”, *Forbes México*, 22 de octubre de 2019; disponible en: <https://www.forbes.com.mx/persiste-la-tension-comercial-entre-estados-unidos-y-china/>.

⁷ Gurría, Ángel, “Coronavirus (COVID-19): acciones conjuntas para ganar la guerra”, OCDE, 2020; disponible en: <https://www.oecd.org/about/secretary-general/Coronavirus-COVID-19-Acciones-conjuntas-para-ganar-la-guerra.pdf>; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Evaluating the Initial Impact of COVID-19 Containment Measures on Economic Activity”, 2020; disponible en: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/evaluating-the-initial-impact-of-covid-19-containment-measures-on-economic-activity-b1f6b68b/>; OMC, “Desplome del comercio ante la pandemia de COVID-19, que está perturbando la economía mundial”, 2020; disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/prs20_s/pr855_s.htm; y Georgieva, Kristalina, “Una crisis mundial como ninguna otra necesita una respuesta mundial como ninguna otra”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13272>.

En el aspecto financiero de la economía mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) se ha centrado en reforzar la estabilidad del sistema financiero internacional, debido a que las medidas restrictivas para frenar la Covid-19 desencadenaron una continua desaceleración económica, una caída mayor al 30% en los precios de los activos de riesgo en los mercados de acciones, tanto en economías grandes como en pequeñas, y la caída de los flujos de inversión de cartera en economías emergentes, lo que ha impactado notoriamente en la liquidez del mercado. Para el FMI, el crecimiento económico mundial se mantendrá por debajo del -7.4%, afectando principalmente a los mercados emergentes, pues las economías que dependen de la exportación de materias primas se ven afectadas por la caída de los precios, en tanto que aquellas que dependen del turismo sufren un colapso en el ingreso fiscal, y las que dependen de las remesas, en el ingreso personal.⁸ El FMI afirma que para contener las consecuencias de la Covid-19, los bancos centrales de todo el mundo han reducido sus tasas de interés indicativas y han inyectado liquidez al sistema financiero, principalmente, mediante operaciones de mercado abierto, préstamos y compras de activos.⁹ No obstante, el Fondo manifestó que si continúa la expansión mundial de la Covid-19, habrá una desaceleración más grave y duradera de la economía, y se agravarán las condiciones financieras mundiales por establecer tasas de interés extremadamente bajas, lo que se traduciría en el freno de la entrada de capital en los mercados de crédito y la caída de los precios de activos.¹⁰

En tal sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) vaticinó la tercera y la mayor crisis económica, financiera y social del siglo XXI, la cual golpeará a las cadenas de suministros de la economía mundial y a las actividades de consumo. Además, la OCDE estimó que la actividad productiva caería entre 50 y 100%, puesto que las

⁸ Georgieva, Kristalina, “Una crisis mundial...”, *cit.*; Adrian, Tobias y Natalucci, Fabio, “La crisis de la COVID-19 es una amenaza para la estabilidad financiera”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13195>; y FMI, “Policy responses to COVID-19”, 2020; disponible en: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>.

⁹ Adrian, Tobias y Natalucci, Fabio, *op. cit.*; y SHCP, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

¹⁰ Gaspar, Vitor *et al.*, “Políticas fiscales para contener el daño de la COVID-19”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13222>; y Gaspar, Vitor y Mauro, Paola, “Políticas fiscales para proteger a la gente durante el brote de coronavirus”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=12910>.

medidas de distanciamiento social y las restricciones a la circulación afectan directamente las actividades relacionadas con viajes y turismo, ya sean nacionales o internacionales; las que requieren contacto directo entre consumidor y proveedor de algún servicio (como restaurantes, cines, comercio minorista, salones de belleza); las vinculadas con la construcción, por la disponibilidad de mano de obra o por las reducciones temporales de inversión ante tiempos de incertidumbre, así como con la manufactura, por las dificultades para obtener insumos de proveedores extranjeros y por las restricciones a la circulación. En cuanto al producto interno bruto (PIB), se estimó un impacto inicial directo de entre 20 y 25% en la mayoría de las economías avanzadas. Sin embargo, la situación puede variar de un país a otro, dependiendo de las medidas de contención adoptadas y de las diferencias entre los sectores económicos que conviven en las economías nacionales, es decir, la situación real depende de cada país.¹¹

Teniendo en cuenta las consecuencias de la Covid-19, los gobiernos nacionales se cuestionan cómo actuar ante este problema de alcance global y cuáles son las medidas que deben implementar. Asimismo, se preguntan si son los organismos internacionales los que poseen las respuestas y acciones para disminuir la contracción de todos los sectores económicos afectados en el escenario mundial, en virtud de que dichas organizaciones han asegurado que para detener la expansión global de la pandemia y la desaceleración de la economía mundial —además de la del comercio internacional y de la del sistema financiero— será imperativa la cooperación multilateral, lo que se traduce en la coordinación e, incluso, la armonización de medidas fiscales, monetarias y sanitarias en todos los países del orbe.¹² Por ello, las instituciones aseveran que una verdadera cooperación internacional fortalecería el álgido nacimiento de un orden que mitigue las consecuencias de la Covid-19 para la comunidad global en el escenario presente, lo que significa

¹¹ Gurría, Ángel, *op. cit.* OCDE, “Evaluating the Initial...”, *cit.*

¹² Es importante considerar que el tipo de respuestas de los gobiernos nacionales para hacer frente a la Covid-19 ha variado considerablemente, poniendo en riesgo la pronta recuperación económica mundial y, principalmente, a las cadenas de valor global. Esta idea la comparten autores como Bogdandy y Villarreal. Véase Bogdandy, Armin von y Villarreal, Pedro A., “Derecho internacional público y la respuesta frente a la pandemia de COVID-19”, en González Martín, Nuria y Valadés, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 20, pp. 13 y ss.

para el escenario futuro un precedente para el diseño de la normativa que prevé el impacto económico derivado de situaciones sanitarias, y no únicamente el impacto de las tensiones comerciales entre los países.

En la siguiente sección de este artículo se expondrán las directrices emitidas por los organismos internacionales, las cuales están diseñadas para disminuir los efectos negativos de la Covid-19 en los mercados nacionales, y que son conocidas en la comunidad académica y científica como *soft law*. Posteriormente, se identificarán las directrices en los planes de emergencia sanitaria de países como Francia, Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido, España, México, entre otros.

En cuanto a la metodología, no es baladí manifestar que este artículo se realiza mediante la metodología documental y analítico inductiva, con enfoque descriptivo, y que a lo largo de la exposición se puede distinguir la influencia de las recomendaciones de los organismos internacionales antes mencionados para disminuir los efectos negativos que trae consigo la Covid-19, ya que ha sido posible identificarlas en distintas legislaciones nacionales.

Si se tiene en cuenta la adopción de recomendaciones, se puede vaticinar que el *soft law* viene a formar un nuevo orden global en materia de política económica, fiscal y monetaria, que estaría dirigido por organismos internacionales, o uno que nutre el ordenamiento jurídico internacional existente, conforme a las exigencias del siglo XXI. Además de los distintos conflictos globales, la Covid-19 viene a ser el punto de partida para que los organismos internacionales fortalezcan la adopción de su normativa en las legislaciones nacionales de forma coordinada y armonizada, con el fin de dar solución a problemas de alcance global, principalmente en los ámbitos de comercio internacional, de fiscalidad y del sistema financiero, así como de aquellos en donde la normativa nacional o las medidas unilaterales se reflejan incapaces de resolverlos. Para algunos,¹³ esto significa

¹³ García Bueno, Collado Yurrita y Calderón Carrero opinan que el *soft law* no puede considerarse parte del orden tradicional de las fuentes del derecho al no gestarse conforme a sus principios. García Bueno, Marco César, "El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional fiscal: el *soft law*", en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 137; Collado Yurrita, Miguel Ángel, "Las fuentes del derecho tributario internacional", en Cordón Ezquerro, Teodoro (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, vol. I, p. 153; y Calderón Carrero, José Manuel, *La incidencia de la globalización en la*

un sinsentido de premisas, ya que las normas se crean fuera de las fronteras territoriales nacionales y la normativa debe crearse conforme a los procesos legislativos de cada país.

Finalmente, es preciso aclarar que, frente a las circunstancias que acontecen a nivel mundial, se presenta una premisa en discusión, no con objeto de abordar la problemática relativa al *soft law* como normas de derecho internacional o como fuente de derecho, sino para formar parte del debate en la comunidad académica respecto a su posible y cercana aceptación como nuevas normas de derecho internacional, ya que son los gobiernos nacionales los que han decidido incluir en su normativa doméstica las disposiciones recomendadas por los organismos internacionales ante la incertidumbre y el riesgo de establecer medidas unilaterales, cuando es momento de participar en la sociedad internacional para mitigar las consecuencias de la pandemia mundial ocasionada por la Covid-19. Por ello, ha sido justo cuestionarse y exponer en este artículo si las políticas nacionales, monetarias y fiscales se dirigen por medio de un nuevo derecho internacional.

II. DIRECTRICES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Sin duda, la Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo rector en el control de las consecuencias humanas y sanitarias que ha traído la Covid-19.¹⁴ Empero, las citadas repercusiones también han generado pérdidas sin precedentes en materia económica a nivel mundial. En virtud de ello, distintas instituciones internacionales (entre ellas la OMC) han destacado que la recuperación de la economía y del comercio mundial para 2021 depende tanto de la duración de la crisis sanitaria como de las políticas que, de manera coordinada, los gobiernos nacionales implementen.¹⁵

configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006, Documentos de Trabajo, núm. 20/06, p. 15.

¹⁴ En virtud de los contrastes nacionales respecto a las respuestas y acciones para hacer frente a la Covid-19, la OMS actúa como el proveedor de la información técnica relativa al virus que es proporcionada por sus Estados miembros. Bogdandy, Armin von y Villarreal, Pedro A., *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹⁵ Verbigracia, ante la Covid-19, los gobiernos deben eliminar las restricciones que han impuesto a la exportación de productos médicos para la realización de pruebas y para la prevención y el tratamiento de la enfermedad, incluso cuando éstas sean restricciones

Para la OMC, los gobiernos nacionales deben coordinar sus respuestas en políticas para el control tanto de la pandemia de la Covid-19 como de su efecto en la economía mundial, por lo cual imperarán las decisiones de política económica que tomen las administraciones centrales. La OMC reitera que, para tal propósito, la política fiscal y la monetaria, en conjunto, son componentes fundamentales. Respecto a la mejora del comercio internacional de bienes, servicios y de cadenas de valor mundial, la OMC ha señalado que para reactivar las inversiones es esencial que los mercados se mantengan abiertos, sean previsibles y fomenten un entorno empresarial favorable.¹⁶ La OMC enfatiza que si los países colaboran se podrá ver una recuperación más rápida que si cada país actúa por su cuenta.

Por ello, para el FMI la política fiscal desempeña un papel fundamental en la recuperación económica mundial. No obstante, las políticas monetaria y fiscal, conjuntamente, deben tener como objetivo amortiguar el impacto de la Covid-19 y, una vez que la pandemia esté bajo control, asegurar una recuperación estable y sostenible. El FMI asevera que será fundamental una coordinación internacional estrecha y continuada para apoyar a los países vulnerables, restablecer la confianza del mercado y contener los riesgos para la estabilidad financiera internacional.¹⁷

Al respecto, la OCDE manifiesta que la crisis sanitaria que se vive pone a prueba la capacidad de respuesta colectiva, ya que sólo podrá abordarse

temporales, puesto que las restricciones pueden afectar el flujo de equipo médico necesario para contrarrestar y frenar la pandemia, o, al menos, se debe disminuir la tarifa arancelaria. Además, deben mantener transparentes las políticas comerciales que implementen en la importación y/o exportación de productos médicos para todos los miembros de la OMC, y no únicamente para sus socios comerciales, es decir, deben informar respecto a cambios en normativa o en documentos requeridos para la exportación e importación de dichos productos. OMC, *Export Prohibitions and Restrictions*, 2020, pp. 3 y ss.; disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/827540bd-en.pdf?expires=1638662087&id=id&accname=guest&checksum=00D2602241D62C88F8AA3C1CF80B059D>; OMC, “Transparency – Why it Matters at Times of Crisis?”, 2020, pp. 2 y ss.; disponible en: https://www.wto-ilibrary.org/economic-research-and-trade-policy-analysis/the-evolution-of-services-trade-policy-since-the-great-recession_ba44f0d7-en; OMC, “Trade in Medical Goods in the Context of Tackling COVID-19: Developments in 2020”, 2020, pp. 2 y ss.; disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/medical_goods_update_jun21_e.pdf; Gurría, Ángel, *op. cit.*; OCDE, “Evaluating the Initial...”, *cit.*; OMC, “Desplome del comercio...”, *cit.*; y Georgieva, Kristalina, “Una crisis mundial...”, *cit.*

¹⁶ OMC, *op. cit.*; CCAE, “How COVID-19...”, vol. II. *cit.*; CNUCYD, *op. cit.*; y CCAE, “How COVID-19...”, vol. I, *cit.*

¹⁷ Adrian, Tobias y Natalucci, Fabio, *op. cit.*

y superarse con un esfuerzo internacional coordinado. Esto es, la OCDE asume que la única forma de reactivar las economías de manera rápida y contundente es a través de acciones inmediatas, coordinadas y a gran escala, por lo que una mayor coordinación mundial será imperativa en aras de garantizar que las iniciativas propuestas por los organismos internacionales generen mayores y mejores resultados.

Conforme a lo anterior, la comunidad internacional (particularmente quienes diseñan las políticas nacionales) se cuestiona sobre las medidas fiscales, monetarias y sanitarias ideales para disminuir los efectos negativos de la crisis de la Covid-19.¹⁸ En dicho sentido, los organismos internacionales, como la OCDE, el FMI y la OMC, dirigen sus recomendaciones a todos los países, con el propósito de que puedan reducir, principalmente, el impacto en sus economías, empresas y hogares. Por ello, sin duda, con la experiencia en el desarrollo de políticas multidisciplinares de los organismos mencionados se orientarán y fortalecerán las acciones necesarias para mitigar la desaceleración económica, así como para proteger a los países y sectores más vulnerables. En los próximos apartados se exponen las recomendaciones emitidas por dichos organismos en los ámbitos en los que se desempeñan.

1. De la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Además de la afectación en la oferta y la demanda mundial, así como de la perturbación de las cadenas de suministro de bienes y servicios mundiales, la Covid-19 ha traído nuevos desafíos a la comunidad mundial; ha puesto en evidencia que el sistema multilateral del comercio (SMC) requiere una pronta actualización para fortalecerse como un foro en donde se desarrollen respuestas coordinadas a las exigencias del mercado mundial en el que prime la transparencia de las políticas comerciales entre sus países

¹⁸ Para Urquizu Cavallé, todos los gobiernos nacionales deben incluir en su legislación medidas fiscales relativas al aplazamiento del pago del impuesto a la renta societaria y a la importación de bienes que apoyen a la prevención y control de la pandemia, además de medidas necesarias para impulsar el sector productivo del país: medidas para la disminución de impuestos al valor añadido, al consumo, entre otros que afecten directamente al contribuyente cautivo. Urquizu Cavallé, Ángel, “Medidas tributarias para el control y el tratamiento de una pandemia”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2020, pp. 3 y ss.

miembros, máxime las adoptadas en respuesta a la pandemia de Covid-19,¹⁹ ya que con ello los países asegurarán el libre flujo internacional del equipo y del producto médico necesarios para frenar la pandemia.

La crisis por la Covid-19, así como la guerra comercial entre China y los Estados Unidos, han generado un ambiente propicio para la restauración del SMC, el cual exige fortalecer el sistema de solución de diferencias entre los miembros y supervisar el cumplimiento de las normas vigentes de la OMC, lo que implica mejorar la transparencia entre las políticas comerciales de los miembros. Asimismo, exige concluir las negociaciones respecto a las subvenciones (principalmente a la pesca), analizar qué países deben beneficiarse de los principios de trato especial y de nación favorecida, e incluir en la agenda de la restauración del SMC el análisis de los aspectos de la financiación al comercio mundial.²⁰

En tal sentido, la OMC reclama a la comunidad internacional mantener un comercio abierto y fomentar un entorno favorable hacia las empresas, con el fin de impulsar nuevas inversiones,²¹ así como para financiar el comercio como un elemento fundamental que reactive el crecimiento mundial de las importaciones y exportaciones.²² Es imperativo mencionar que esas acciones traerán, en efecto, la mejora en el empleo y el aumento en ingresos en hogares y empresas, por lo que con ello también se recupera la

¹⁹ El SMC ha logrado un comercio y un crecimiento económico inclusivo, y sus principios, especialmente el de no discriminación y el de nación más favorecida, han promovido una justa distribución de los beneficios del comercio. No obstante, la restauración del SMC requiere fortalecer los mecanismos de cooperación internacional entre los países que lo conforman. OMC, “WTO Contribution to the 2020 HLPF”, 2020, pp. 2 y 3; disponible en: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26126WTO_HLPF_Input_2020.pdf; OMC, “Trade Financing and COVID-19”, 2020, p. 2; disponible en: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ufin_08jul20_e.pdf; y OMC, Transparency..., *cit.*, p. 5.

²⁰ OMC, “WTO Contribution...”, *cit.*, pp. 2 y 3; y OMC, “Trade Financing...”, *cit.*, p. 2.

²¹ La reciente crisis por la Covid-19, aunada a las tensiones comerciales derivadas de las medidas restrictivas que introdujeron los gobiernos nacionales desde octubre de 2018, ha tenido un impacto significativo en la economía mundial. Por ello, la OMC manifiesta que, para mejorar las expectativas del comercio mundial, proteger los puestos de trabajo y evitar la ruptura de las cadenas de suministros mundiales, los países deben frenar la imposición de medidas restrictivas al comercio y reducir las restricciones actuales, puesto que el comercio desempeña un papel central en el retorno de las economías al escenario internacional, el cual es uno de los retos en la actualización del SMC. OMC, “WTO Contribution...”, *cit.*, pp. 3 y 4; y OMC, “Trade Financing...”, *cit.*, p. 2.

²² OMC, “WTO Contribution...”, *cit.*, pp. 2 y 3; y OMC, “Trade Financing...”, *cit.*, p. 2.

economía mundial ante la crisis derivada de la Covid-19. No obstante, la OMC asevera que, además de las políticas comerciales, las políticas monetarias y fiscales son esenciales para apoyar el desarrollo sostenible global.

2. Del Fondo Monetario Internacional (FMI)

El FMI asegura que la reducción y el deterioro del comercio mundial han ocasionado movimientos en los tipos de cambio. Por ello, asevera que la Covid-19 exige esfuerzos colectivos de reforma en lo referente a la eliminación de barreras al comercio internacional para reducir desequilibrios, así como la intervención cambiaria, con el fin de promover la recuperación económica. Debido a esto, se habla de reformas que fomenten la inversión y que desalienten el ahorro privado,²³ pues frente a la incertidumbre de la crisis sanitaria, los hogares y empresas reducen el consumo y la inversión, respectivamente.

El FMI afirma que para contener las consecuencias de la Covid-19, los bancos centrales de todo el mundo deberán reducir sus tasas de interés indicativas e inyectar liquidez al sistema financiero mediante operaciones de mercado abierto, préstamos y compras de activos, principalmente.²⁴ Sin embargo, el Fondo prevé que, de prolongarse la expansión de la Covid-19 en el orbe, además de provocar una desaceleración más grave y duradera, las tasas de interés extremadamente bajas agravarían las condiciones financieras mundiales y, fundamentalmente, se intensificarían las caídas de los precios de activos, y los mercados de crédito sufrirían la falta de capitales.²⁵

En el mismo sentido, el FMI publicó una serie de medidas para sanar la economía de los países miembros y para coadyuvar a la recuperación económica mundial, las cuales ha considerado prioridades para la economía mundial.²⁶ Éstas se clasifican en: i) políticas fiscales, ii) monetarias y iii) regulatorias.

²³ Kaufman, Martín y Leigh, Daniel, “Los desequilibrios mundiales y la crisis de COVID-19”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13908>.

²⁴ Adrian, Tobias y Natalucci, Fabio, *op. cit.*

²⁵ Gaspar, Vitor *et al.*, *op. cit.*

²⁶ FMI, “Medidas de política para hacer frente a la crisis del coronavirus, 2020”, pp. 2 y ss.; disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/03/16/Policy-Steps-to-Address-the-Corona-Crisis-49262>; y Georgieva, Kristalina, “Medidas de política para

Respecto a las medidas fiscales, es imperativo un estímulo fiscal, por lo cual se recomienda estimular la inversión o recortar impuestos a toda la economía. Igualmente, las medidas fiscales deben priorizar el gasto en atención sanitaria y en aspectos que deriven de la crisis sanitaria, es decir, políticas que incluyan el aumento de las licencias por enfermedad con remuneración, así como medidas de alivio tributario (como subsidios salariales a negocios afectados).

De acuerdo con el FMI, en virtud de la propagación del virus, se hace cada vez más necesario un estímulo fiscal coordinado y sincronizado a escala mundial. En este caso, una medida tributaria armonizada a escala global puede establecerse en el ámbito de comercio internacional para la comercialización de productos y equipo médico.

En cuanto a las medidas monetarias, los bancos centrales deben ser flexibles ante las condiciones financieras y asegurar el flujo de crédito hacia la economía real;²⁷ por ejemplo, comunicando a la sociedad sobre la orientación futura de la política monetaria y mediante la disminución de las tasas de interés, la compra de activos, la ampliación de créditos a plazo, la intervención en el mercado de divisas y la gestión de flujos de capital.²⁸

Por último, en lo referente a las medidas regulatorias, los encargados del sistema financiero deben mantener el equilibrio entre la estabilidad financiera, la solidez del sistema bancario y la actividad económica, de manera que se tendrá que incentivar a los bancos para utilizar sus reservas de liquidez y de capital, y también se tendrá que renegociar el vencimiento de préstamos en favor de los prestatarios que se encuentren bajo mayor presión o que atraviesen dificultades.

Al igual que la OMC, el FMI enfatiza que todo el trabajo, haciendo referencia a las recomendaciones y acciones diseñadas en el seno de su organismo en materia fiscal y monetaria, será más eficaz si se realiza de manera coordinada y armonizada a nivel global.

mantener la salud de la economía mundial”, 2020; disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=12999>.

²⁷ El propósito de estas acciones debe ser recortar el costo de endeudamiento en hogares y empresas para asegurar liquidez en el mercado. De esa forma, la contracción de las economías será menor, porque habría margen de inversión y de consumo.

²⁸ Los bancos centrales de algunas economías avanzadas adoptaron acciones coordinadas de distensión monetaria (compra de grandes cantidades de instrumentos financieros) y abrieron líneas de crédito. En un futuro, también se abrirán líneas de crédito para países con economías emergentes.

3. De la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE, como organismo rector en el asesoramiento de políticas que promuevan el bienestar de la sociedad (máxime de políticas para la mejora del desempeño económico y la creación de empleos), ha procurado establecer un punto de coordinación entre las medidas fiscales de los gobiernos nacionales, con el fin de poder solucionar problemas de alcance mundial.²⁹

Así, la OCDE se ha manifestado respecto a la crisis económica causada por la Covid-19 alrededor del orbe y ha aseverado que la política fiscal impera para apoyar a las personas y a las empresas. En respuesta a la crisis, la OCDE propuso un conjunto de medidas para disminuir las consecuencias que han traído consigo las restricciones a la libre circulación de personas y bienes, con el propósito de apoyar a los hogares, mejorar el flujo efectivo de las empresas y mantener las actividades de producción y distribución a escala global.³⁰ Entre las propuestas, se destacan las ayudas de bienestar social, que corresponden a la entrega de cheques (como una renta para fomentar el consumo) y el acceso a prestaciones de desempleo, así como a licencias por enfermedad personal, o de algún familiar, con goce de sueldo.

En el ámbito del sistema fiscal, la OCDE ha diseñado algunas medidas con la intención de que coadyuven en la realización de los cambios inmediatos que implementen, a nivel mundial, las administraciones tributarias en beneficio de los contribuyentes durante y después de la Covid-19.³¹ Estas medidas son:

²⁹ Recordemos que la OCDE ha encaminado a los gobiernos nacionales hacia la cooperación fiscal mediante diversos proyectos en materia fiscal, verbigracia: las normas internacionales para eliminar la doble imposición, las disposiciones para evitar la evasión fiscal internacional, etcétera. OCDE, “Prestar asesoramiento científico a los responsables de la formulación de políticas durante la pandemia de COVID-19”, 2020; disponible en: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/prestar-asesoramiento-cientifico-a-los-responsables-de-la-formulacion-de-politicas-durante-la-pandemia-de-covid-19-181e448e/>.

³⁰ Saint-Amans, Pascal, “Tax in the Time of COVID-19”, 2020; disponible en: https://www.oecd-forum.org/amp/posts/63721-tax-in-the-time-of-covid-19?__twitter_impression=true.

³¹ La OCDE manifiesta que la adopción de estas medidas depende del contexto nacional, puesto que, en virtud de su proceso de creación, no figuran como normas obligatorias, sino que se consideran parte de *soft law* (normas blandas). Saint-Amans, Pascal, *op. cit.*; OCDE, “Emergency Tax Policy Responses to the Covid-19 Pandemic”, OCDE, 2020; disponible en: https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119695-dj2g5d5oun.pdf; y OCDE, Tax

- i) Ampliación de plazos para presentar declaraciones y, de manera subsecuente, del periodo para realizar el pago de impuestos.
- ii) Aplazamiento del pago de impuestos.
- iii) Suspensión de multas e intereses por pago tardío o, en su caso, su reembolso cuando éstos ya hayan sido pagados.
- iv) Planeación de pago de deuda, promoción de planes de pago y de periodos de gracia (sin pago de intereses).
- v) Suspensión de la recuperación de deuda.
- vi) Simplificación y agilización de procedimientos correspondientes a reembolsos en favor de los contribuyentes.
- vii) Consideración de opciones para proporcionar seguridad fiscal.
- viii) Suspensión de auditorías, excepto en supuestos de fraude.
- ix) Mejora de los servicios y de la comunicación entre la Administración Tributaria y el contribuyente. Es decir, la disposición e implementación de medios digitales, el uso de canales digitales, páginas web y líneas directas, la extensión de horarios y otras estrategias de comunicación, con el objetivo de acercarse a los contribuyentes en situación de vulnerabilidad.

Ante la Covid-19, los organismos internacionales, en cumplimiento de sus objetivos de mediar entre los países, de mejorar las relaciones entre éstos y de buscar el bienestar de la población mundial mediante la recomendación de políticas en los ámbitos para los que fueron creados, han manifestado el apoyo a sus países miembros y a toda la comunidad internacional; además, han transmitido información respecto a la crisis sanitaria a través de análisis, estadísticas y estudios. Con ello, han guiado a los gobiernos nacionales y difundido diversas normas con el fin de reducir la contracción económica mundial.

Ante las directrices mencionadas, no es baladí manifestar que la crisis sanitaria ha venido a fortalecer el multilateralismo del siglo XXI. Por un lado, la Covid-19 aparece como el punto de partida para que los organismos internacionales fortalezcan la adopción, de forma armonizada, de su normativa en las legislaciones nacionales de los países miembros con la finalidad de solucionar problemas de alcance global, aun cuando sus directrices

administration responses to Covid-19: support for taxpayers, 2020; disponible en: https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119698-4f8bfnegoj.pdf.

sean dirigidas a la comunidad internacional como recomendaciones. Por otro lado, los organismos citados imperan sobre los gobiernos nacionales, es decir, se vaticina un ordenamiento global para dirigir todos los aspectos de la economía mundial: el comercio internacional, las políticas fiscal y monetaria e, incluso, el aspecto sanitario.

III. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL ANTE LA COVID-19

La Covid-19 ha venido a exigir cambios normativos de manera acelerada, por lo que es justo conocer las medidas que han tomado distintos gobiernos nacionales ante las consecuencias económicas que ha traído el distanciamiento social.

La OCDE ha hecho la recopilación de algunas de las medidas fiscales adoptadas por diversos gobiernos,³² entre las cuales expone y recomienda las siguientes:

- i) Renuncia o aplazamiento del pago de contribuciones relacionadas con la nómina y la seguridad social, en beneficio de empleadores y trabajadores autónomos.
- ii) Concesiones fiscales a trabajadores del sector salud y de sectores relacionados.
- iii) Extensión de periodos para la realización de trámites fiscales: presentación de declaraciones, pago de impuestos y trámites de solicitud de reembolsos a contribuyentes.
- iv) Aplazamiento del pago de impuestos de importación de alimentos, medicamentos y otros productos relacionados con el control de la crisis sanitaria.

³² Saint-Amans, Pascal, *op. cit.*; OCDE, “Emergency Tax Policy...”, *cit.*; y OCDE, “Tax Administration...”, *cit.*, documento que también es citado en Ríos Granados, Gabriela, “Estímulos fiscales de emergencia en tiempos del COVID-19”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Reflexiones desde el derecho (I)*, México, UNAM, IJ, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 14, p. 26.

Respecto al tema de los aplazamientos, Mata Sierra señala que éstos no deben confundirse con la moratoria, ya que la moratoria está relacionada con deudas vencidas, mientras que el aplazamiento derivado de la Covid-19 debería corresponder a las deudas presentes. Mata Sierra, María Teresa, “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del COVID-19”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2020, pp. 3 y ss.

- v) Simplificación y agilización de los procedimientos para la restitución del impuesto al valor añadido (IVA) soportado y la exención del IVA sobre deudas incobrables.
- vi) Aplazamiento de pagos anticipados del impuesto sobre la renta societaria.
- vii) Aplazamiento o renuncia a la recaudación de impuestos a la propiedad o de aquellos cuya base imponible no varíe en el ciclo económico inmediato.

En la mayoría de los países, las iniciativas comprenden medidas fiscales y en materia de salud. En el ámbito tributario, éstas comprenden el aplazamiento del pago de impuestos y el otorgamiento de licencias por enfermedad con goce de sueldo, además del aumento en el gasto sanitario. Por ejemplo, en marzo de 2020, Francia estableció un proyecto de ley de emergencia, cuyas principales características son la suspensión del pago de alquileres, luz, agua y gas; el aplazamiento del pago de cotizaciones para trabajadores, y el aplazamiento del pago de impuestos de empresas, máxime las cuotas de seguridad social, así como la devolución de créditos fiscales, entre otros. De igual manera, el plan promueve la concesión de licencias por enfermedad con goce de sueldo.³³

En Estados Unidos se estableció la Ley de Mejora del Cuidado de la Salud, con la cual se incrementó el gasto para hospitales y aplicación de pruebas del virus. La legislación citada aplazó la declaración anual de impuestos de personas morales y físicas. También se aplicó un estímulo masivo por dos billones de dólares, cuyo propósito ha sido apoyar a las empresas con ayudas fiscales, como el diferimiento del 6.2% de la cotización a la seguridad social de nóminas, y se utilizó el fondo de alivio de desastres para proporcionar beneficios adicionales de desempleo y para las pequeñas empresas. Asimismo, entregó cheques a la mayor parte de sus ciudadanos, con la finalidad de

³³ Ríos Granados, Gabriela, *op. cit.*, p. 64; “Loi n. 2020-290 du 23 de mars de 2020 d’urgence pour faire face à l’épidémie de Covid-19”, Francia, *Légifrance*, 2020; disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id#JORFSCITA000041746315>; Ministère de l’Economie, des Finances et de la Relance, “Coronavirus COVID-19: Les mesures de soutien aux entreprises”, 2020; disponible en: <https://www.economie.gouv.fr/coronavirus-soutien-entreprises#>; y FMI, “Policy responses...”, *cit.*

fomentar el consumo y reactivar la economía, así como evitar desalojos y ejecuciones hipotecarias.³⁴

Por su parte, Canadá estableció un plan de intervención económica. Éste es un paquete de medidas fiscales y de gasto. Las medidas fiscales contemplan el diferimiento del pago del impuesto sobre la renta, subsidios salariales, pagos de licencia por enfermedad, seguros de empleo y la entrega de ayuda suplementaria a personas y familias de bajos ingresos para compensar el pago de impuestos sobre productos y servicios. De igual forma, el plan citado considera el aplazamiento de las declaraciones de impuestos para las empresas y personas, así como el aumento de créditos fiscales. Por su parte, las medidas de gasto incluyen el aumento de recursos para pruebas, desarrollo de vacunas y suministros médicos (como equipo, productos y medicina).³⁵

En el mismo sentido, Reino Unido determinó un estímulo fiscal por 30,000 millones de libras esterlinas, además de la suspensión del pago del impuesto sobre bienes inmuebles comerciales, el diferimiento del pago de impuestos a empresas (tanto directos como indirectos) y para personas físicas el diferimiento del pago del impuesto a la renta. Las medidas fiscales y de gasto del Reino Unido consideran subvenciones directas a pequeñas empresas y a las más afectadas, y planes de préstamos para facilitar el acceso a créditos tanto a empresas grandes como pequeñas, así como el fortalecimiento de la red de seguridad social en apoyo a personas vulnerables.³⁶

En España, el Real Decreto-ley 8/2020 estableció el aplazamiento del pago de impuestos y el gasto adicional en atención a la salud. Es decir, se flexibilizaron los plazos para el pago de impuestos (tanto en periodo voluntario como en periodo ejecutivo), así como para el pago derivado de acuerdos

³⁴ Internal Revenue Service (IRS), “Coronavirus Tax Relief and Economic Impact Payments”, 2020; disponible en: <https://www.irs.gov/coronavirus>. Ríos Granados, Gabriela, *op. cit.* FMI, *op. cit.*

³⁵ IRS, “IRS Operations During COVID-19: Mission-critical Functions Continue”, 2020; disponible en: <https://www.irs.gov/newsroom/irs-operations-during-covid-19-mission-critical-functions-continue>; Government of Canada, “CRA and COVID-19. Changes to Taxes and Benefits”, 2020; disponible en: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/campaigns/covid-19-update.html>; Ríos Granados, Gabriela, *op. cit.*, p. 65; y FMI, *op. cit.*

³⁶ Ríos Granados, Gabriela, *op. cit.*; Gilliland, Philip y Pevsner, Stephen, “Coronavirus: UK Chancellor announces unprecedented measures to support the British economy”, 2020; disponible en: <https://www.proskauertaxtalks.com/2020/03/coronavirus-uk-chancellor-announces-unprecedented-measures-to-support-the-british-economy/>; y FMI, *op. cit.*

de aplazamiento y fraccionamiento. Igualmente, se concedió la exención del 50% a la cotización patronal de la seguridad social y la suspensión de seis meses de las cotizaciones de seguridad social para trabajadores autónomos. Además, el Decreto-ley otorga una prestación por desempleo para trabajadores despedidos temporalmente y una ayuda mensual para quienes no tengan derecho a dicha prestación, y promueve la introducción de un ingreso vital mínimo.³⁷

Habida cuenta de lo anterior, se puede observar que las medidas ordenadas por los países, además de ser similares (puesto que las caracteriza el deseo de frenar la pandemia y sus efectos en la economía), son establecidas conforme a las recomendaciones de la OMC, del FMI y de la OCDE, fundamentalmente; de ahí que se refleje la adopción del *soft law* en la normativa nacional y se vaticine un nuevo orden, aunque éste ya haya iniciado,³⁸ dirigido por las directrices emitidas por organismos internacionales respecto a política económica, fiscal y monetaria, principalmente. Se hace referencia a instrumentos de *soft law* que buscan dar solución a conflictos que acaecen en el escenario mundial, los cuales hoy opacan la tranquilidad de la comunidad internacional en todos sus ámbitos, ya que, ante la Covid-19, el mandato nacional se torna cada vez más ineficiente para responder a los problemas presentes.

La Covid-19 viene a fortalecer los nuevos centros de producción normativa y a reforzar la premisa de que la adopción de medidas multilaterales, en contraste con la adopción de medidas unilaterales, promoverá una recuperación más rápida de la economía mundial. Por ello, se vaticina que habrá una verdadera cooperación y armonización de normas entre la comunidad

³⁷ “Real Decreto-ley 8/2020, del 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”, España, *Boletín Oficial del Estado*, 2020; disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>; Ríos Granados, *op. cit.*; y FMI, *op. cit.*

³⁸ Se dice que ya ha iniciado un nuevo orden porque, para la solución de conflictos de alcance global o de situaciones que conciernen a la mayor parte de la comunidad internacional, los organismos internacionales han dado respuesta a los gobiernos nacionales mediante su normativa, y estos últimos la han incorporado en sus legislaciones. Ejemplos recientes de esto son la incorporación en los ordenamientos nacionales de los estándares mínimos establecidos por el Plan de Acción OCDE/G20, con el objetivo de evitar la evasión del impuesto a la renta societaria, y la adhesión de los países al Marco Inclusivo sobre BEPS y al instrumento multilateral para actualizar los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional, los cuales han significado la actualización de los principios de fiscalidad de las transacciones globales frente a los cambios que ha exigido el proceso de globalización.

internacional, lo cual fortalecerá el álgido nacimiento de un orden jurídico para mitigar rápidamente las consecuencias económicas de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19 y, con ello, pensar en la recuperación a lo largo de 2021. No obstante, es importante cuestionar la importancia de *soft law* como parte de un nuevo derecho internacional y reconocer su importancia en la solución de problemas de alcance global.

Soft law en la solución de conflictos globales. ¿Hacia un nuevo derecho internacional?

Los gobiernos enfrentan los constantes cambios de la economía mundial. Como consecuencia del avanzado proceso de globalización, los países son cada vez más interdependientes, de manera que la situación que impacta en un país puede tener efectos en todo el orbe. Tal es el caso de la Covid-19, que se ha convertido en una pandemia mundial y que necesita respuestas a escala global, puesto que el mandato nacional se ha visto ineficiente en la regulación de sus consecuencias, tanto sanitarias como económicas, y se posiciona en un estado de debilidad para generar respuestas efectivas al problema que representa la Covid-19 en el contexto internacional. Por ello, los gobiernos han recurrido a otros centros de producción normativa de carácter universal, por lo que no es baladí hacer referencia a éstos.

Los nuevos centros de producción normativa representan la normativa internacional u orden legislativo de alcance mundial, presidido por organismos internacionales, que dan origen al denominado “policentrismo de fuentes” con sus recomendaciones, modelos, directrices y demás medidas.

El policentrismo de fuentes, caracterizado por los centros de producción normativa distintos a los órganos nacionales, refleja la pérdida de competencia legislativa del Estado; esto último, consecuencia de la debilidad de los parlamentos nacionales para reglamentar cuestiones derivadas del proceso de globalización. En esta creación de normas se da vida a disposiciones de mayor trascendencia: se habla de *soft law* como normas conductoras del quehacer impositivo nacional. Un buen ejemplo de ello es la definición de los sistemas tributarios modernos.³⁹

³⁹ El término “sistemas tributarios modernos” hace referencia a los sistemas fiscales nacionales que han adoptado las medidas del Plan de Acción OCDE/G20 y a los gobiernos

García Novoa y Cruz Padial⁴⁰ señalan que la época de globalización se caracteriza por la desnaturalización de fuentes de derecho, máxime en el aspecto tributario. En oposición a ellos, García Bueno, Collado Yurrita y Calderón Carrero⁴¹ opinan que aun con todo, la configuración del *soft law* no puede considerarse parte del orden tradicional de fuentes del derecho, al no gestarse conforme a sus principios; de ahí que Cruz Padial⁴² cuestione la posibilidad de iniciar un proceso de juridificación de la realidad que trae consigo el proceso de globalización a través del *soft law*, pues no es baladí reconocer que éste ha servido para resolver numerosos problemas planteados en el escenario mundial y que cada vez surgen más situaciones que exigen una resolución a escala global (por ejemplo, la Covid-19).

Ante el debate que ha generado la globalización y los problemas académicos en el orbe en materia de las fuentes de derecho tributario, es preciso manifestar que no existe tal afectación a las fuentes tradicionales del derecho, pues éstas seguirán vigentes, y no se habla de sustituirlas, sino de sumar a las fuentes tradicionales las normas gestadas en el marco de organizaciones internacionales para solucionar los problemas globales. Es decir, se contempla incluir dichas normas para solucionar conflictos que la normativa nacional de los Estados y las fuentes tradicionales del derecho no han podido regular, ya que son necesarias para la expansión de la economía y el bienestar mundial.

El *soft law* es el producto normativo de las organizaciones internacionales, y es también conocido como *back door rules*. Su figura la constituyen reglas, directrices, informes, recomendaciones, códigos de conducta, criterios, entre otros. Al respecto, Del Toro Huerta⁴³ señala que hay una di-

que se han adherido a este instrumento multilateral, ambos conducidos por la OCDE. García Novoa, César, *El derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, p. 54; y García Bueno, Marco César, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁰ García Novoa, César, “Interpretación de los convenios de doble imposición internacional”, en Godoy Fajardo, Juan Pablo (coord.), *Estudio de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición*, Bogotá, Legis-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2006, pp. 17 y ss.; y Cruz Padial, Ignacio, “Globalización económica: sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 109, 2003, pp. 67 y ss.

⁴¹ García Bueno, Marco César, *op. cit.*, p. 137; Collado Yurrita, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 153; y Calderón Carrero, José Manuel, *op. cit.*, p. 15.

⁴² Cruz Padial, Ignacio, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁴³ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 534.

versidad de instrumentos internacionales ubicados en el marco del *soft law*, caracterizados por sus efectos no obligatorios y su desconocimiento como fuente de derecho internacional. No obstante, el propósito de *soft law* es estandarizar principios en materia fiscal, monetaria, sanitaria, de comercio mundial y sobre la esfera internacional, así como sentar las bases de un sistema normativo global.

En el aspecto fiscal y monetario, la economía global provoca el desarrollo de normas de trascendencia internacional. En respuesta a ello, surge el *soft law*, que brinda instrumentos reguladores de una realidad impositiva y de sus problemas, los cuales el derecho nacional e, incluso, el derecho internacional no han podido normar.

Un elemento específico del *soft law* es su creación, ya que los órganos legislativos no asisten para su desarrollo, sino que nace fuera del derecho interno para responder a problemas o circunstancias derivados de la globalización, que a su vez afectan el mercado internacional, el comercio o las finanzas. El *soft law* es un derecho incierto, por ese motivo carece de fuerza vinculante, pues incumple con los pilares tradicionales de justicia y de reserva de ley; en su proceso de elaboración no se aplican los principios implementados en la creación de normas por el órgano legislativo nacional. Por ello, las normas *soft law*, según Collado Yurrita y Serrano Antón,⁴⁴ carecen de efecto directo, provienen mayormente de organizaciones internacionales y pasan por ser consideraciones comunes al comportamiento de las relaciones internacionales, las cuales no pueden incorporarse al orden de alguna fuente del derecho internacional capaz de producir efectos jurídicos. A pesar de lo anterior, sus efectos tienen una amplia repercusión en el sistema tradicional de fuentes del derecho tributario.

Una segunda característica del *soft law* es la carencia de obligatoriedad jurídica: las normas inciertas se conciben con el fin de orientar la conducta de las naciones en el panorama mundial. Sin embargo, la institución internacional entrega al ámbito jurídico de los países, recomendaciones de forzosa aplicación (aunque no vinculantes), debido a compromisos contraídos por medio de tratados y convenios internacionales o por la importancia del

⁴⁴ Collado Yurrita, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 153 y 155; y Serrano Antón, Fernando, “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014, pp. 56 y ss. El texto de García Bueno también es compatible con esta idea. Véase García Bueno, Marco César, *op. cit.*, pp. 133, 136 y 142.

organismo del cual emanan.⁴⁵ En este sentido, Ortega Carcelén reconoce a los tratados constitutivos de organizaciones intergubernamentales como un tipo interesante de acuerdo internacional, ya que, además de contener el propósito por el cual se funda la organización (regular lazos globales en áreas determinadas), el tratado constitutivo también contiene aspectos relacionados con la designación de los órganos que adoptarán normas, con las facultades para dictar actos normativos vinculantes, imperativos o recomendatorios, y con el método de votación de los Estados miembros, con lo cual expresan el consentimiento de los países respecto a la obligatoriedad de medidas emitidas. García Rico, García San José, Salinas de Frías y Cruz Padial⁴⁶ han manifestado que en la época de mundialización se considera a los actos normativos de organizaciones internacionales dentro de la categoría de fuentes del derecho internacional, en virtud de la adopción de sus normas en legislaciones nacionales, independientemente de si las medidas son de carácter recomendatorio o estrictamente vinculantes. Los Estados, en su proceso de adhesión a la institución, consienten en someterse a sus disposiciones y adoptar los textos normativos elaborados en el seno de la organización, conforme a sus competencias y a los requisitos establecidos que estén destinados a los miembros, en virtud de que, como cualquier tratado internacional, la aplicación de sus disposiciones corresponde normalmente a los países asociados o contratantes. Empero, ante la necesidad de extender los textos normativos más allá de sus Estados miembros, las organizaciones internacionales promueven la celebración de foros mundiales con el propósito de uniformar respuestas a problemas, desafíos o intereses compartidos en la aldea global relativos a una materia de alcance universal.

⁴⁵ Ortega Carcelén, Martín, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 117 y 118.

⁴⁶ Ellos son algunos de los académicos que se manifiestan en favor de las normas de las organizaciones internacionales y que afirman que la globalización incide en la configuración de las fuentes en las que se fundamenta el derecho tributario, a lo cual llaman afectación del proceso a las fuentes del derecho tributario. Sobre este tema véase Ortega Carcelén, Martín, *op. cit.*, pp. 171 y 178; García Rico, Elena del Mar, “Las normas jurídicas consuetudinarias y los actos de las organizaciones internacionales”, en Salinas de Frías, Ana (dir.), *Lecciones de derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 145 y 156; Salinas de Frías, Ana, “La incorporación de las normas internacionales en el derecho interno”, en Salinas de Frías, Ana (dir.), *op. cit.*, p. 165; García San José, Daniel, “Las organizaciones internacionales, sujetos atípicos y otros sujetos del derecho internacional”, en Salinas de Frías, Ana (dir.), *op. cit.*, pp. 95 y ss.; y Cruz Padial, Ignacio, *op. cit.*, p. 64.

La función de estas reuniones es ser el centro de negociación en donde los gobiernos manifiesten preocupaciones comunes no expresadas por ninguna otra vía, acuerden soluciones y se comprometan en adoptar propuestas hechas en un foro. La mayoría de las proposiciones se elaboran conforme a prácticas estatales, realizadas por países participantes. La ventaja de éstas, aun cuando sean meramente recomendatorias, es que se interpretan de manera uniforme y su aceptación refleja el consentimiento o consenso de los Estados participantes; de ahí que Del Toro Huerta manifieste que el *soft law* resulta relevante cuando el principio de buena fe encabeza las relaciones internacionales.

Del mismo modo, la figura del *soft law* se antepone al ordenamiento del país que las acoge. Son instrumentos creados para que, mediante sus estándares de regulación internacional, se intervenga en el ordenamiento de cualquier Estado. Conforme a García Bueno y Collado Yurrita,⁴⁷ la adopción de este orden constituye dos momentos del procedimiento legislativo nacional: uno prelegislativo y otro poslegislativo. El primero contribuye en la formación de la normativa doméstica, mientras que el segundo da vida al *hard law*, es decir, surte efectos jurídicos. Derivado de todo esto, se hace un gran énfasis en que las organizaciones internacionales son el nuevo foro de producción de normas en el entorno y para el escenario global, en especial del *soft law*.

Particularmente, en el ámbito fiscal, la OCDE emite parámetros globales con el propósito de establecer un plano de coordinación en las decisiones de los Estados respecto a sus políticas fiscales con proyección internacional, con especial referencia en el diseño del sistema tributario, en los impuestos que lo integran y en su peso recaudatorio. En el contexto global, las principales *back door rules* en materia impositiva son emitidas por dicha organización.⁴⁸

El panorama internacional alerta sobre el nacimiento de un organismo rector en la creación de principios impositivos de validez universal, el cual estaría encabezado por la OCDE y su Comité de Asuntos Fiscales, que forman órganos de especialización en temas de fiscalidad. Tal ha sido el caso

⁴⁷ García Bueno, Marco César, *op. cit.*, pp. 132 y 140; y Collado Yurrita, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁸ Otros ejemplos de *soft law* se pueden encontrar en García Bueno, Marco César, *op. cit.*, pp. 133 y 136.

frente a la Covid-19, donde ellos han emitido una serie de recomendaciones, las cuales han sido adoptadas por diversos países, entre ellos México.

En suma, las *back door rules* son criterios internacionales con diversas consecuencias para el desarrollo económico y social de los Estados; su adopción promete el bienestar de la nación. En cambio, ignorar tales normas conlleva efectos negativos o sufrir determinado tipo de contramedidas.⁴⁹

No obstante, es justo cuestionarse por qué hay que incorporar el *soft law* al ordenamiento nacional. Como respuesta, se puede decir que si un tratado internacional es un instrumento en el que se conciben normas de convivencia para las relaciones entre gobiernos, relativas a distintos ámbitos de interés, y los Estados adheridos a este mecanismo revelan expresamente la obligación de cumplir la normativa convenida, entonces, en los tratados constitutivos de organizaciones intergubernamentales, los Estados se adhieren a la institución, por lo que consienten en adoptar la normativa elaborada en el seno de la organización, ya que como en cualquier tratado, la aplicación de disposiciones corresponde normalmente a los países contratantes.⁵⁰

Aun con el rechazo de distintos expertos académicos, la tendencia en la época de mundialización es considerar a los actos normativos de organizaciones internacionales dentro de la categoría de fuentes del derecho internacional, es decir, actos jurídicos de carácter puramente recomendatorio o estrictamente vinculante. El valor jurídico de las propuestas depende del tratado fundacional del organismo intergubernamental.

IV. POLÍTICAS ECONÓMICAS FRENTE A LA COVID-19 EN MÉXICO

La situación crítica que atraviesa la economía mexicana es resultado de la reducción del precio internacional del petróleo, la volatilidad de los mercados financieros, los conflictos comerciales y la caída del comercio mundial, además de la crisis sanitaria y el impacto de las medidas de distanciamiento en el escenario económico global.

Ante las consecuencias económicas ocasionadas por los eventos mencionados y por la crisis sanitaria, el gobierno de México ha implementado

⁴⁹ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 171; y García Rico, Elena del Mar, *op. cit.*, p. 156.

diferentes instrumentos de política pública, los que además de ser en beneficio de la población y de las finanzas nacionales, buscan coadyuvar a la mejora de la economía y a la liquidez mundiales.

Algunos de los instrumentos con los que cuenta el gobierno de México son:⁵¹

- i) Fondos y reservas para enfrentar contingencias en materia de salud, incluidas las de tipo epidemiológico.
- ii) Recursos en el Fondo de Estabilización de los Ingresos Presupuestarios (FEIP), que al cierre de 2019 correspondían a 158,400 millones de pesos, cuyo uso se orienta en estricto apego a lo señalado por la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
- iii) Reservas internacionales por 185,500 millones de dólares, una línea de crédito flexible con el FMI⁵² por 61.4 millones de dólares y líneas de intercambio de divisas con la Reserva Federal y con el Tesoro de los Estados Unidos por sesenta y por nueve millones de dólares, respectivamente, como elementos destinados a enfrentar problemas potenciales de liquidez internacional y de balanza de pagos.
- iv) Coberturas petroleras, tanto del gobierno federal como de Pemex, para compensar la disminución de ingresos ante las reducciones en los precios del energético. Adicionalmente, el país cuenta con un perfil de deuda pública robusto, en donde la deuda externa neta del gobierno federal sólo representa 22% del total, y prácticamente el 100% de ella es a tasa fija.

Amén de los mecanismos citados, el gobierno de México ha adoptado otros instrumentos de política económica en materia fiscal y monetaria, de manera que es imperativo conocer en qué consisten las medidas aprobadas, cuyo propósito es mitigar el impacto negativo de la Covid-19 en el país. Éstas se presentan a continuación.

⁵¹ SHCP, *op. cit.*, p. 3.

⁵² El tema de los préstamos del FMI está disponible en FMI, “La ayuda que el FMI puede prestar a los países para hacer frente al impacto económico del coronavirus”, 2020; disponible en: <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2020/02/28/how-the-imf-can-help-countries-address-the-economic-impact-of-coronavirus>.

Políticas económicas en México

En concordancia con el entorno internacional y con las recomendaciones de los organismos internacionales, la política monetaria en México se ha mostrado acomodaticia, con recortes en las tasas de referencia.⁵³ El Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) han implementado acciones para mejorar la capacidad de la banca privada y de desarrollo, con el fin de otorgar créditos o de ampliar líneas existentes. Asimismo, para reducir el costo de reportos y, con ello, aumentar la liquidez de la banca múltiple, se han implementado diversas medidas,⁵⁴ a saber:

- i) Disminución del depósito de regulación monetaria por cincuenta millones de pesos.
- ii) Subastas de crédito en dólares.
- iii) Flexibilización de la norma contable para bancos, lo cual permite diferir por hasta seis meses los pagos de capital y de intereses de créditos comerciales, hipotecarios, personales, de nómina y para automóviles.⁵⁵

En fecha reciente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), mediante la CNBV, ha presentado un nuevo paquete de medidas para la reestructuración de créditos de diversas modalidades, cuyo efecto será disminuir las tasas de interés, extender el plazo de los pagos y reducir cuotas. El nuevo paquete integra cuatro medidas regulatorias:⁵⁶

- i) Computar un monto menor de reservas específicas cuando se pacte una reestructura con el cliente.

⁵³ La Junta de Gobierno del Banco de México decidió disminuir la tasa objetivo en 25 puntos base, y en una reunión extraordinaria celebrada el 20 de marzo de 2020 recortó la tasa en 50 puntos base, para ubicarla en 6.5%. SHCP, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁵⁴ Para un mejor análisis del programa de la banca de desarrollo para la reactivación económica frente a la Covid-19, véase *ibidem*, pp. 75-78.

⁵⁵ El Banco de México anticipa que las condiciones de holgura se amplíen más de lo previsto. Sin embargo, la banca privada ha otorgado extensiones de los plazos de crédito por hasta seis meses. *Ibidem*, p. 56.

⁵⁶ SHCP, Comunicado núm. 076 “Secretaría de Hacienda, a través de CNBV, presenta nuevo paquete de medidas para la reestructuración de créditos”, 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/579585/Comunicado_076.pdf.

- ii) Reconocer las reservas específicas que se liberen por la reestructura de un crédito como reservas adicionales.
- iii) Considerar las reservas adicionales como parte del capital complementario, con el fin de que se pueda reconocer un mayor capital regulatorio.
- iv) Reducir prudentemente los requerimientos de capital por riesgo de crédito.

La SHCP asegura que estas medidas buscan proveer de liquidez a las familias y a las empresas y, con ello, contribuir a la recuperación económica del país.

En dicho sentido, respecto a la liquidez de personas y empresas en situación de vulnerabilidad, las acciones adoptadas por el gobierno de México son:

- i) Un millón de créditos gubernamentales de entre 10 y 25 mil pesos en favor de las microempresas, ya que muchas de ellas no poseen acceso al sistema financiero, a pesar de que representan el 97% de las entidades económicas y emplean al 75% de los trabajadores del país.⁵⁷
- ii) Apoyos en préstamos de vivienda para trabajadores que pierdan su empleo durante la crisis sanitaria, que en conjunto suman el equivalente a 20 millones de pesos. Estos apoyos consisten en que el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) cubrirá hasta tres mensualidades del crédito de vivienda y aplicará hasta seis meses de prórroga sin cargos moratorios, entre otros beneficios.⁵⁸
- iii) Adelanto de pensiones para adultos mayores, es decir, se pagó anticipadamente un bimestre de la pensión de adultos mayores para que puedan enfrentar gastos extraordinarios derivados de la Covid-19.

En el aspecto tributario, el gobierno busca activar la economía sin afectar la disciplina fiscal; esto es, incentivar el mercado mediante beneficios fiscales, pero sin impactar la recaudación o sin sacrificar los ingresos impositivos, puesto que la disciplina fiscal, el gasto y la inversión son imperativos en la fiscalidad ante la Covid-19.

⁵⁷ SHCP, “Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 42, fracción I...”, *cit.*, pp. 55 y 56.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 56.

En dicho sentido, las autoridades mexicanas buscan mejorar la eficiencia recaudatoria y generar ahorros presupuestales, máxime del gasto corriente, con el propósito de financiar programas prioritarios del gobierno federal y atender eventualidades de emergencia de salud y consecuencias económicas de la epidemia. Además, se busca implementar como fuente de financiamiento el uso de activos financieros del sector público para disminuir el endeudamiento.

En apoyo a estados y municipios, el gobierno federal adelantó las transferencias a los gobiernos subnacionales, con el propósito de que éstos cuenten con los recursos suficientes que hacen frente a la emergencia sanitaria.⁵⁹

En cuanto a las estimaciones de las finanzas públicas para el cierre de 2020 y para el ejercicio 2021, se han considerado los efectos de la crisis sanitaria y otros factores económicos, como el precio internacional del petróleo, la depreciación del tipo de cambio o los gastos necesarios para atender la emergencia de salud ocasionada por la Covid-19.⁶⁰ Es importante conocer que los hechos citados impactaron en la disminución de ingresos presupuestarios para 2020, pues se había aprobado en la Ley de Ingresos de la Federación (LIF) un monto mayor de ingresos para ese ejercicio, ya que el análisis de los acontecimientos permitirá determinar con mayor aproximación los ingresos y egresos de la Federación para 2021.

Igualmente, se estima que habrá una disminución de 297 millones de pesos en los ingresos presupuestarios previstos en la LIF 2020, mientras que los ingresos tributarios se ubicarán en 155 millones de pesos, es decir, por debajo de lo aprobado en la LIF 2020.⁶¹ Respecto al gasto, se proyecta una reducción de 37.7 millones de pesos en relación con el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) 2020, y la disminución de las participaciones a estados y municipios se compensará con las erogaciones en el gasto programable derivado de los recursos destinados a la atención de la emergencia de la crisis sanitaria.⁶²

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Respecto a los recursos financieros para hacer frente a la emergencia sanitaria, se ha recurrido a los activos disponibles en fondos y fideicomisos de salud previstos en distintas disposiciones normativas y a otros activos del gobierno federal con el propósito de disminuir el endeudamiento público. *Ibidem*, p. 60.

⁶¹ En ese escenario se proyecta una reducción de ingresos petroleros de 414.7 millones de pesos como resultado de la menor producción y precio del petróleo (aun cuando se compensa con la apreciación del tipo de cambio) y de la menor actividad económica. *Ibidem*, p. 61.

⁶² *Idem.*

En lo correspondiente a las finanzas para 2021, se estima una reducción de 405.8 millones de pesos en ingresos presupuestarios en relación con la LIF 2020, debido a las siguientes variables: menores ingresos tanto petroleros como tributarios y menores ingresos propios de entidades paraestatales.⁶³ En cuanto al gasto neto pagado, conforme a los ingresos estimados, se estima que éste disminuya en 65.4 millones de pesos en comparación con el monto aprobado en el PEF 2020.

En atención a la Covid-19, y en línea con algunas recomendaciones de la OCDE, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) hizo la devolución de saldos a favor tres días después de que el contribuyente presentara la declaración anual. Asimismo, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) solicitó un plazo extra para la presentación del mencionado deber fiscal y la facilidad de realizar la declaración anual desde casa, promoviendo así el uso de los servicios digitales del SAT.⁶⁴

El FMI ha reconocido las medidas adoptadas por el gobierno de México, puesto que algunas de ellas corresponden a sus recomendaciones. De acuerdo con el observatorio de políticas del FMI, además de un mayor gasto sanitario y el fortalecimiento de la red de seguridad social, México ha aprobado mecanismos como: a) la carga inicial de los pagos de pensiones sociales e invalidez durante cuatro meses; b) la aceleración de los procesos de contratación y las devoluciones del IVA; c) préstamos de hasta 25 mil millones de pesos a las pequeñas y medianas empresas, en conjunto; d) apoyo de liquidez por parte de los bancos de desarrollo, y e) acceso a préstamos para algunos trabajadores mediante sus cuentas de seguridad social. Además, el gobierno anunció que: a) el Infonavit acordó aplazar otros seis meses el pago de créditos de vivienda en favor de los trabajadores que hayan perdido su empleo, y b) se otorgarán préstamos de 25 mil pesos para pequeñas empresas que no hayan despedido trabajadores o que no hayan reducido salarios desde el brote. En la semana del 19 de abril de 2020, el presidente también anunció un programa de austeridad para los gastos públicos, que incluye reducciones salariales y de contratación, con el fin de liberar un 2% del PIB para financiar gastos sanitarios adicionales e inversiones prioritarias.

⁶³ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁴ “Por coronavirus SAT devolverá saldos a favor 3 días después de la declaración anual”, *El Herald de México*, 24 de marzo de 2020; disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/sat-coronavirus-saldo-a-favor-tres-dias-despues-covid-19/>.

Es justo destacar que distintos instrumentos aprobados por las autoridades mexicanas para mitigar los efectos de la Covid-19 han sido diseñados por organismos internacionales. Por ello, es importante cuestionarse, por un lado, si las medidas aprobadas por el gobierno de México, las desarrolladas por los legisladores nacionales y aquellas propuestas por los organismos internacionales fortalecerán el bienestar de la población mundial y, en particular, a la mexicana, en cuanto a la generación de empleos, la mejora de los servicios públicos de salud y de educación; en conjunto, el progreso de los factores que constituyen la economía mexicana vendrá a reconocerse en los años próximos. Por otro lado, es imperativo reconocer que las normas desarrolladas en el seno de los organismos internacionales vienen a formar un ordenamiento capaz de solucionar conflictos de carácter global o, al menos, tratan de disminuir sus efectos negativos. Es decir, el *soft law* viene a nutrir al derecho internacional, con la finalidad de regular todos los ámbitos en los que convergen los países del orbe, así como para armonizar y homogeneizar las normas que forman una verdadera aldea global, además de enfrentar situaciones en donde la legislación nacional se vuelve ineficiente.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De pronto, la Covid-19 detuvo drásticamente la interdependencia entre los países del orbe y sus cadenas de valor global. No obstante, a pesar del citado escenario unimaginable, para algunos gobiernos resultó difícil admitir que, de manera unilateral, carecían de normas para regular situaciones ocurridas en el entorno internacional. Ante dicha carencia, éstos asumieron las recomendaciones establecidas por los organismos internacionales para frenar la pandemia y sus consecuencias, con el propósito de empujar el frenado proceso de globalización y de impulsar la activación de la economía mundial a través de todos sus mecanismos: comercio global, sistema financiero y sistema fiscal. Es decir, el *soft law* se está aplicando en todos los ámbitos de la economía mundial para el proceso de recuperación poscovid-19.

Por ello, es posible distinguir que la fiscalidad frente a la Covid-19 en muchos países es conforme a los lineamientos de la OCDE, el FMI y la OMC, a pesar de que algunos gobiernos no sacrificaron la recaudación,

puesto que sus ingresos dependen del ámbito fiscal. Y es que los acontecimientos que afectan a la población mundial exigen la creación de normas de orden mundial o de un gobierno mundial dirigido por organismos internacionales, en donde los gobiernos participen en la creación y adopción de medidas de carácter multilateral para temas de interés global, en vez de medidas unilaterales. Esto último confirma que el multilateralismo representará la normativa internacional del siglo XXI, pues una norma internacional presenta la ventaja de que puede ser interpretada de manera uniforme, y su aceptación refleja el consentimiento o el consenso de la comunidad internacional.

Respecto a las consecuencias que ha traído la Covid-19 a la economía mundial, una verdadera cooperación y armonización de normas entre la comunidad internacional permitiría fortalecer una pronta recuperación durante 2021. Por ello, para los gobiernos nacionales lo ideal ha sido adoptar las recomendaciones de la OCDE, del FMI y de la OMC, ya sea de manera pura o con modificaciones. Debido a esto, es importante reflexionar que los citados organismos guían la actualización de un orden jurídico internacional acorde con las exigencias del proceso de globalización. Por tal motivo, de manera inmediata, dichos organismos han emitido las medidas capaces de mitigar las consecuencias económicas de la crisis sanitaria.

Recordemos que hace pocos años se inició la actualización de los principios de fiscalidad internacional, del modelo de convenio tributario y de las directrices de precios de transferencia, pues ya han pasado más de cincuenta años desde que estos instrumentos fueron diseñados por la OCDE para regular la imposición de los negocios transnacionales. En ese sentido, el SMC, instaurado hace más de setenta años, también exige una reforma acorde al escenario económico mundial, en el cual algunos países pasaron de ser países emergentes a países desarrollados.

Habida cuenta de lo anterior, la población mundial está próxima a conocer un gobierno global y de presenciar la vinculación de las normas de los organismos internacionales con sus legislaciones nacionales, puesto que si consideramos que las características de las fuentes de creación del derecho internacional reconocidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son los elementos constitutivos de la costumbre y del acuerdo, es decir, la práctica estatal, la *opinio iuris*, el estar por escrito, el originar derechos y obligaciones, así como el consentimiento de las partes, se puede inferir que, por conducto de los foros globales, el consenso inter-

nacional y la *opinio iuris* global, los Estados participan en el fortalecimiento de una nueva fuente de derecho internacional: el *soft law*. Dicho de otra manera, la materialización y adopción de propuestas ponen de manifiesto la interacción de normas consuetudinarias y convencionales con los actos de las organizaciones internacionales. Por ello, la creación de normas internacionales por parte de organismos internacionales y la subsecuente incorporación en ordenamientos nacionales ya es una realidad, pese a distintas opiniones académicas.

En razón de ello, sería conveniente cuestionarse si se debería actualizar el artículo 38.1, inciso b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para incluir como fuente de normas internacionales a las directrices o recomendaciones emitidas por instituciones mundiales en diversas áreas (al menos para los países miembros de dichas instituciones), incluso aunque sean los gobiernos nacionales, en ejercicio de su soberanía, los que tengan la decisión final de incorporar o no la normativa creada en órganos supranacionales.

En cuanto a medidas en materia fiscal, la OCDE se ha distinguido por orientar a los gobiernos nacionales en la elaboración e implementación de normas para lograr el bienestar de la nación, combatir la evasión fiscal, aumentar los ingresos tributarios e impulsar la justa carga impositiva en la sociedad.

VI. REFERENCIAS

- ADRIAN, Tobias y NATALUCCI, Fabio, “La crisis de la Covid-19 es una amenaza para la estabilidad financiera”, 2020, disponible en: [https://blog-dia-
logoafondo.imf.org/?p=13195](https://blog-dia-logoafondo.imf.org/?p=13195).
- BOGDANDY, Armin von y VILLARREAL, Pedro A., “Derecho internacional público y la respuesta frente a la pandemia de Covid-19”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y VALADÉS, Diego (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, IJ, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 20.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel, *La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2006, Documentos de Trabajo, núm. 20/06.

- COLLADO YURRITA, Miguel Ángel, “Las fuentes del derecho tributario internacional”, en CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (dir.), *Manual de fiscalidad internacional*, 3a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, vol. I.
- Comité de Coordinación de las Actividades Estadísticas (CCAIE), *How Covid-19 is Changing the World: a Statistical Perspective*, 2020, vol. I, disponible en: <https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa.pdf>.
- Comité de Coordinación de las Actividades Estadísticas (CCAIE), *How COVID-19 is changing the world: a statistical perspective*, 2020, vol. II; disponible en: https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa_vol2.pdf.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD), *World Investment Report 2020*, Ginebra, ONU, 2020.
- CRUZ PADIAL, Ignacio, “Globalización económica: sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 109, 2003.
- “Por coronavirus SAT devolverá saldos a favor 3 días después de la declaración anual”, *El Herald de México*, 24 de marzo de 2020, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/sat-coronavirus-saldo-a-favor-tres-dias-despues-covid-19/>.
- Fondo Monetario Internacional (FMI), “La ayuda que el FMI puede prestar a los países para hacer frente al impacto económico del coronavirus”, 2020, disponible en: <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2020/02/28/how-the-imf-can-help-countries-address-the-economic-impact-of-coronavirus>.
- Fondo Monetario Internacional (FMI), Medidas de política para hacer frente a la crisis del coronavirus, 2020, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/03/16/Policy-Steps-to-Address-the-Corona-Crisis-49262>.
- Fondo Monetario Internacional (FMI), “Policy responses to COVID-19”, 2020, disponible en: <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>.
- Forbes, “Persiste la «tensión comercial» entre Estados Unidos y China”, *Forbes México*, 22 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/persiste-la-tension-comercial-entre-estados-unidos-y-china/>.
- GARCÍA BUENO, Marco César, “El derecho tributario nacional frente a la normativa internacional fiscal: el *soft law*”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Derechos humanos de los contribuyentes*, México, UNAM, IIJ, 2014.

- GARCÍA NOVOA, César, “Interpretación de los convenios de doble imposición internacional”, en GODOY FAJARDO, Juan Pablo (coord.), *Estudio de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición*, Bogotá, Legis-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2006.
- GARCÍA NOVOA, César, *El derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015.
- GARCÍA RICO, Elena del Mar, “Las normas jurídicas consuetudinarias y los actos de las organizaciones internacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana (dir.), *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2014.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, “Las organizaciones internacionales, sujetos atípicos y otros sujetos del derecho internacional”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana (dir.), *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2014.
- GASPAR, Vitor *et al.*, “Políticas fiscales para contener el daño de la COVID-19”, 2020, disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13222>.
- GASPAR, Vitor y MAURO, Paola, “Políticas fiscales para proteger a la gente durante el brote de coronavirus”, 2020, disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=12910>.
- GEORGIEVA, Kristalina, “Medidas de política para mantener la salud de la economía mundial”, 2020, disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=12999>.
- GEORGIEVA, Kristalina, “Una crisis mundial como ninguna otra necesita una respuesta mundial como ninguna otra”, 2020, disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13272>.
- GILLILAND, Philip y PEVSNER, Stephen, “Coronavirus: UK Chancellor Announces Unprecedented Measures to Support the British Economy”, 2020, disponible en: <https://www.proskauertaxtalks.com/2020/03/coronavirus-uk-chancellor-announces-unprecedented-measures-to-support-the-british-economy/>.
- Government of Canada, “CRA and COVID-19. Changes to Taxes and Benefits”, 2020, disponible en: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/campaigns/covid-19-update.html>.
- GURRÍA, Ángel, “Coronavirus (Covid-19): Acciones conjuntas para ganar la guerra”, OCDE, 2020, disponible en: <https://www.oecd.org/about/secretary-general/Coronavirus-COVID-19-Acciones-conjuntas-para-ganar-la-guerra.pdf>.

- Internal Revenue Service (IRS), “Coronavirus Tax Relief and Economic Impact Payments”, 2020, disponible en: <https://www.irs.gov/coronavirus>.
- Internal Revenue Service (IRS), “IRS Operations During COVID-19: Mission-critical Functions Continue”, 2020, disponible en: <https://www.irs.gov/newsroom/irs-operations-during-covid-19-mission-critical-functions-continue>.
- KAUFMAN, Martin y LEIGH, Daniel, “Los desequilibrios mundiales y la crisis de Covid-19”, 2020, disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=13908>.
- MARTÍN-ACEÑA, Pablo y PONS, María Ángeles, *La gran recesión: orígenes y desarrollo*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2011, Documentos de Trabajo en Historia Económica, núm. 01-11.
- MATA SIERRA, María Teresa, “Un sucedáneo de moratoria fiscal en tiempos del Covid-19”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2020.
- Ministère de l’Economie, des Finances et de la Relance, “Coronavirus Covid-19: “Les mesures de soutien aux entreprises”, 2020, disponible en: <https://www.economie.gouv.fr/coronavirus-soutien-entreprises#>.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Desplome del comercio ante la pandemia de COVID-19, que está perturbando la economía mundial”, 2020, disponible en: https://www.wto.org/spanish/news/pres20_s/pr855_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Estados Unidos — Determinadas medidas relacionadas con la energía renovable”, 2018, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds563_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Estados Unidos — Medidas arancelarias sobre determinados productos procedentes de China II”, 2018, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds565_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), Export Prohibitions and Restrictions, 2020, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/827540bd-en.pdf?expires=1638662087&id=id&accname=quest&checksum=00D2602241D62C88F8AA3C1CF80B059D>.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Trade Financing and Covid-19”, 2020, disponible en: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/trfin_08jul20_e.pdf.

- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Trade in Medical Goods in the Context of Tackling Covid-19: Developments in 2020”, 2020, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/medical_goods_update_jun21_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “Transparency – Why it Matters at Times of Crisis”, 2020, disponible en: https://www.wto-ilibrary.org/economic-research-and-trade-policy-analysis/the-evolution-of-services-trade-policy-since-the-great-recession_ba44f0d7-en.
- Organización Mundial del Comercio (OMC), “WTO Contribution to the 2020 HLPF”, 2020, disponible en: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26126WTO_HLPF_Input_2020.pdf.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Emergency Tax Policy Responses to the Covid-19 pandemic, OCDE”, 2020, disponible en: https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119695-dj2g5d5oun.pdf.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Evaluating the Initial Impact of Covid-19 Containment Measures on Economic Activity”, 2020, disponible en: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/evaluating-the-initial-impact-of-covid-19-containment-measures-on-economic-activity-b1f6b68b/>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Prestar asesoramiento científico a los responsables de la formulación de políticas durante la pandemia de Covid-19”, 2020, disponible en: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/prestar-asesoramiento-cientifico-a-los-responsables-de-la-formulacion-de-politicas-durante-la-pandemia-de-covid-19-181e448e/>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Tax Administration responses to Covid-19: support for taxpayers”, 2020, disponible en: https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119698-4f8bfnejoj.pdf.
- ORTEGA CARCELÉN, Martín, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Madrid, Tecnos, 2014.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, “Estímulos fiscales de emergencia en tiempos del COVID-19”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Reflexiones desde el derecho (I)*, México, UNAM, IJ, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 14.

- RÍOS GRANADOS, Gabriela, “Gasto público y fondos de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Estado mexicano”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y SERNA DE LA GARZA, José María (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, México, UNAM, IJ, 2020, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, núm. 16.
- SAINT-AMANS, Pascal, “Tax in the Time of Covid-19”, 2020, disponible en: https://www.oecd-forum.org/amp/posts/63721-tax-in-the-time-of-covid-19?__twitter_impression=true.
- SALINAS DE FRÍAS, Ana, “La incorporación de las normas internacionales en el derecho interno”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana (dir.), *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2014.
- SERRANO ANTÓN, Fernando, “El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP*, núm. 72, 2014.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 42, fracción I, de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria “Pre-criterios 2021”, 2020, disponible en: https://www.finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/Finanzas_Publicas/docs/paquete_economico/precgpe/precgpe_2021.pdf.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), Comunicado núm. 076 “Secretaría de Hacienda, a través de CNBV, presenta nuevo paquete de medidas para la reestructuración de créditos”, 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/579585/Comunicado_076.pdf.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.
- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel, “Medidas tributarias para el control y el tratamiento de una pandemia”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2020.

Private International Law Rules Regarding Personal Status in Colombia: a System in Need of an Overhaul*

*Normas de derecho internacional privado en materia
de personas en Colombia: un sistema que necesita
ser revisado*

*Règles de droit international privé concernant
le statut personnel en Colombie : un système
nécessitant une révision*

María Julia Ochoa Jiménez**

Jonathan Zapata Flórez***

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Preliminary note: personal status in private international law*. III. *Law applicable to natural persons*. IV. *Law applicable to foreign commercial companies*. V. *General comments*. VI. *Bibliography*.

* This paper is part of a project (no. 2019-26950) funded by the Research Center of the Department of Law and Political Sciences, University of Antioquia, Colombia.

** University of Antioquia, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3701-9018>, julia.ochoa@udea.edu.co.

*** University of Antioquia, Colombia; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3954-4684>, jonathan.zapataf@udea.edu.co.

Artículo recibido el 28 de abril de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 549-574
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-BJV, 2022.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJ-BJV, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

ABSTRACT: This article contains the findings of a research aimed at studying the Colombian private international law rules regarding the status of individuals and foreign commercial companies. Such rules are basically found in Colombia's Civil and Commercial Codes. The research also considered the existing rules in other Latin American countries. In this sense, the research methodology consisted of systematically locating and organizing the rules on this subject that are in force in the legal system of Colombia and in those of other countries in the region, and then proceeding to a general comparative analysis. The overview offered by the article allows the identification of some weaknesses of Colombian private international law. Based on this, it is concluded that it is necessary to review the Colombian rules that regulate the law applicable to the personal status of both individuals and foreign commercial companies.

Key words: private international law, codification, persons, Colombia, Latin America.

RESUMEN: Este artículo contiene los resultados de una investigación que ha tenido como objetivo estudiar las normas colombianas de derecho internacional privado relativas al estatuto de las personas físicas y las sociedades mercantiles extranjeras. Dichas normas se encuentran básicamente en el Código Civil y en el Código de Comercio de Colombia. En la investigación también se consideraron las normas existentes en otros países latinoamericanos. En este sentido, la metodología de la investigación consistió en ubicar y organizar sistemáticamente las normas sobre dicha temática vigentes en el sistema colombiano y en otros países de la región, para proceder posteriormente a hacer un análisis comparado general. El panorama que ofrece el artículo permite identificar algunas debilidades del derecho internacional privado colombiano. Partiendo de ello, se concluye que es necesario revisar las normas colombianas que regulan el derecho aplicable al estatuto personal tanto de las personas físicas como de las sociedades mercantiles extranjeras.

Palabras clave: derecho internacional privado, codificación, personas, Colombia, América Latina.

RÉSUMÉ: Cet article contient les résultats d'une recherche visant à étudier les règles colombiennes de droit international privé relatives au statut des personnes et des sociétés étrangères. Ces règles se trouvent essentiellement dans le Code civil et le Code commercial. La recherche a également pris en compte les règles existant dans d'autres pays d'Amérique latine. En ce sens, la méthodologie de recherche a consisté à localiser et organiser systématiquement les règles en vigueur en la matière dans le système colombien et dans d'autres pays de la région, puis à procéder à une analyse comparative générale. L'aperçu fourni par l'article permet d'identifier certaines faiblesses du droit international privé colombien. Sur cette base, il est conclu qu'il est nécessaire de revoir les règles colombiennes qui régissent le droit applicable au statut personnel des personnes physiques et des sociétés étrangères.

Mots-clés: droit international privé, codification, personnes, Amérique latine, Colombie.

I. INTRODUCTION

Codification of private international law has been of great interest to Latin American countries. Although this interest is not new,¹ it has taken on new life in recent decades. Examples are the national codifications of the Dominican Republic,² Panama,³ Argentina,⁴ and Uruguay.⁵ It is also an ongoing process, as evidenced by the proposals currently under discussion in Chile⁶ and Peru.⁷ In such a context, it is striking that Colombia has turned its back on these developments. In Colombia, private international law rules are neither abundant nor modern. Moreover, they are scattered in different legal instruments since there is no systematic codification on private international law in the country. However, Colombia has ratified several international treaties on the field. This helps to alleviate, albeit only partially and in relation to certain matters, the difficulties arising from the lack of national codification.

¹ For some authors, modern private international law emerged with the Latin American treaties adopted in the nineteenth century. Delić, Ana, “The Birth of Modern Private International Law: The Montevideo Treaties (1889, amended 1940)”, 2017, available at: <http://opil.ouplaw.com/page/Treaties-Montevideo>.

² Private International Law Act, Law no. 544-14, Dominican Republic, 5 December 2014, available at: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2017/02/Ley-544-14-sobre-Derecho-Internacional-Privado-de-la-Republica-Dominicana.pdf>.

³ Code of Private International Law, Law no. 61, Panama, 7 October 2015, available at: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885_A/GacetaNo_27885a_20151008.pdf.

⁴ National Civil and Commercial Code, Law no. 26.994, Argentina, 8 October 2014, articles 2594-2671, available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

⁵ General Act on Private International Law, Law no. 19.920, Uruguay, 27 November 2020, available at: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020>.

⁶ Chilean Association of Private International Law (ADIPRI) and Law School of the University of Chile, *Anteproyecto de Ley de derecho internacional privado*, 2020, available at: https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2020/09/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado-1.pdf.

⁷ Working group for the revision and improvement of the Peruvian Civil Code of 1984, *Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil peruano*, 2019, available at: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adecuada.pdf.

Among the private international law treaties that Colombia has ratified,⁸ the following are noteworthy. On the one hand, the Treaty on International Civil Law and the Treaty on International Commercial Law, both of which were adopted at the South American Congress on Private International Law held in Montevideo in 1888-1889.⁹ These treaties contain some rules that will be mentioned in this paper. On the other hand, the OAS Inter-American Convention on General Rules of Private International Law, adopted at the Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law, that was also held in Montevideo in 1979.¹⁰ This Convention contains rules concerning topics like public policy (*ordre public*) (article 5),

⁸ The most important treaties ratified by Colombia are the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980 (Law no. 518 of 4 August 1999) and five treaties of The Hague Conference: Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents of 5 October 1961 (Law no. 455 of 4 August 1998), on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters of 15 November 1965 (Law no. 1073 of 31 July 2006), on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters of 18 March 1970 (Law no. 1282 of 5 January 2009), on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (Law no. 173 of 22 December 1994), and on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption of 29 May 1993 (Law no. 265 of 25 January 1996). Also, Colombia has ratified eleven of the OAS Inter-American Conventions: on General Rules of Private International Law of 8 May 1979 (Law no. 21 of 22 January 1981), on Extraterritorial Validity of Foreign Judgements and Arbitration Awards of 8 May 1979 (Law no. 16 of 22 January 1981), on Letters Rogatory of 30 January 1975 (Law no. 27 of 22 February 1988), on Proof of and Information on Foreign Law of 8 May 1979 (Law no. 49 of 16 December 1982), on the Taking of Evidence Abroad of 30 January 1975 (Law no. 31 of 8 October 1987), on Execution of Preventive Measures of 8 May 1979 (Law no. 42 of 17 September 1986), on International Commercial Arbitration of 30 January 1975 (Law no. 44 of 19 September 1986), on Conflict of Laws Concerning the Adoption of Minors of 24 May 1984 (Law no. 47 of 3 December 1987), on Support Obligations, 15 July 1989 (Law no. 449 of 4 August 1998), on International Traffic in Minors of 18 March 1994 (Law no. 470 of 5 August 1998), and on the International Return of Children, 15 July 1989 (Law no. 880 of 19 January 2004). Besides, Colombia has ratified the following bilateral treaties: Treaty on Private International Law of 18 June 1903 with Ecuador (Law no. 13 of 8 April 1905), Agreement on Letters Rogatory and Judicial Offices of 17 June 1981 with Chile (Law no. 45 of 1 December 1987), and Convention on the Execution of Civil Judgments of 30 May 1908 with Spain (Law no. 6 of 12 August 1908). National Colombian law of approval of each treaty is found in parentheses.

⁹ Law no. 33, Colombia, 30 December 1992, available at: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0033_1992.html.

¹⁰ Law no. 21, Colombia, 22 January 1981, available at: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577172>.

simultaneous application of laws (article 9), and recognition of foreign situations (article 7). It also states that rules included in international treaties prevail over national ones (article 1), and that national judges and authorities shall enforce foreign law in the same way as it would be enforced by the judges of the country whose law is applicable (article 2).

The relevance of the latter rule in the Colombian context was reaffirmed by the Constitutional Court,¹¹ by holding that the judges must *ex officio* obtain all information about the applicable foreign law, especially if individuals are not able to do it. Although the Constitutional Court opened up the scope of the Convention by applying it to a case that involved a country that had not ratified it (Honduras), this is of course not enough to overcome the legal uncertainty created by the absence of a national codification on the subject. The application of international treaties is, in general, limited not only to the subject matter (material scope), but also to the States ratifying them (territorial scope).

The Civil Code¹² and the Commercial Code,¹³ for their part, contain some private international law rules.¹⁴ However, they are not adapted to the current needs arising from cross-border activities.¹⁵ This contrasts with

¹¹ Constitutional Court of Colombia, Ruling SU-768/14, Reporting Judge: Jorge Iván Palacio Palacio, 16 October 2014, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>. See also Ochoa Jiménez, María Julia, “Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, no. 37, 2019, p. 145, available at: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6059>.

¹² Civil Code, Law no. 84, Colombia, 26 May 1873, available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html. For example, article 19 of the Code (which will be dealt with in this paper), which refers to personal status; article 20, which refers to the law applicable to property located in Colombia, or article 21, concerning the form of public acts.

¹³ Commercial Code, Decree no. 410, Colombia, 27 March 1971, available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html. This Code has, for example, rules that indicate the law applicable to the execution of commercial contracts concluded abroad (article 869) and to commercial agency contracts executed in Colombian territory (article 1328).

¹⁴ Álvarez Londoño, Luis Fernando and Galán Barrera, Diego Ricardo, *Derecho internacional privado (parte general)*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, and Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 2016.

¹⁵ A different trend can be seen in the law that promotes access to credit and provides rules on securities. See Law no. 1676, Colombia, 20 August 2013, article 83, available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html, and Ochoa Jiménez,

the trend in other Latin American countries, such as Uruguay,¹⁶ Argentina,¹⁷ Panama,¹⁸ the Dominican Republic,¹⁹ Venezuela,²⁰ or Peru.²¹

Observing how Colombian private international law refers to the status of natural persons and foreign companies²² may allow us to gain some insight into the current situation of the field in the country. To this end, the research presented in this article followed a three-step methodology. First, the codified rules on the subject matter that exist in the legal systems of Colombia and other Latin American countries were located; then, these rules were systematically organized, mainly considering whether or not they had the form of a conflict-of-law rule; finally, they were comparatively analyzed, and the result of the comparison was summarized graphically with the help of widely used data processing tools (*i. e.*, Excel sheets). The research was mainly based on the examination of national codifications adopted in Latin American countries and regional treaties that include relevant norms in the subject.

This paper is divided into two main sections. The first section discusses the law applicable to natural persons, with a focus on article 19 of the Civil Code of Colombia, while the second one is dedicated to the law applicable to commercial companies, upon the basis of article 469 of the Colombian Code of Commerce. In both sections, a general overview of the above-mentioned rules is followed by a mention of the normative models concerning these matters that, in general, can be identified in Latin America. The paper concludes by briefly discussing some general issues.

OCHOA JIMÉNEZ / ZAPATA FLÓREZ

María Julia *et al.*, “La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, no. 1, 2019, available at: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6784>.

¹⁶ General Act on Private International Law..., *cit.*

¹⁷ National Civil and Commercial Code..., *cit.*, articles 2594-2671.

¹⁸ Code of Private International Law..., *cit.*

¹⁹ Private International Law Act, Law no. 544-14..., *cit.*

²⁰ Private International Law Act, Venezuela, 6 August 1998, available at: <https://venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-de-derecho-internacional-privado/gdoc/>.

²¹ Civil Code, Legislative Decree no. 295, Peru, 24 July 1984, book X, articles 2046-2111, available at: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>.

²² This paper focuses mainly on foreign commercial companies (*sociedades comerciales*). See Commercial Code, Decree no. 410..., *cit.*, articles 469-497.

II. PRELIMINARY NOTE: PERSONAL STATUS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Colombian scholars²³ follow positivist approaches to develop the legal concept of person. Thus, person is defined as a legal construct,²⁴ that is subject of legal obligations and subjective rights.²⁵ Another assumption, which is basic to private international law, is that who a person is within a certain legal system is determined by that same system.²⁶ This includes both natural persons and legal entities. In Latin American private international law, as is also the case in Colombia, the European concept of personal “status” (*statut personnel* or *Personalstatut*) is generally used. Although this is certainly a quite heterogeneous concept,²⁷ it can be linked, as far as natural persons are concerned, to the rules applicable to their civil status and their capacity and, as regards legal entities, to the rules that make up the legal regime to which they are subject, which can encompass aspects that are also attributed to natural persons (*e. g.*, the capacity to enter into contracts or to perform legal acts).²⁸

²³ For example, Montoya Osorio, Martha Elena and Montoya Pérez, Guillermo, *Las personas en el derecho civil*, Bogotá, Leyer, 2010, pp. 122-123.

²⁴ See Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema de derecho romano actual*, transl. by Jacinto Mesía and Manuel Poley, Madrid, F. Góngora, 1879. Savigny only referred to collective persons, but this also extends to natural persons. See also Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, Mexico, Porrúa, 2006, p. 263; Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, transl. by Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 172. Person is also considered as a point of legal imputation, as Kelsen does.

²⁵ Recasens Siches, Luis, *op. cit.* As is well known, this idea is taken further by Kelsen, for whom person “is these obligations and rights—a complex of legal obligations and rights whose totality is expressed figuratively in the concept of “person”. “Person” is merely the personification of this totality”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 173.

²⁶ Recasens Siches, Luis, *op. cit.*, p. 261.

²⁷ They can refer, for example, to the capacity to acquire rights or to be in debt to a creditor, the beginning and the end of human life, the capacity to conclude contracts or to perform legal acts, name, and gender, status as a merchant, consumer or professional. Basedow, Jürgen, *El derecho de las sociedades abiertas*, transl. by Teresa Puig Stoltenberg, Bogotá, Legis, 2017, p. 209.

²⁸ See Caicedo Castilla, José Joaquín, *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1967, p. 160.

Some find it difficult to sustain that the questions about personal status merit differentiated treatment in private international law.²⁹ It is argued that such issues are often preliminary in cases related to other specific areas of law (*e. g.*, family, contracts), and that specific conflict-of-law rules concerning the status of natural persons (*e. g.*, marriage, divorce, names) have been progressively adopted.³⁰

However, as things currently stand, although in Latin America some international instruments apply to certain rights and obligations arising from some types of cross-border family relationships,³¹ and some national codifications contain conflict-of-law rules on names,³² the need for general conflict-of-law rules relating to personal status appears to remain intact. The main reason for this is that even where more specific conflict-of-law rules exist, general rules relating to personal status can still be useful for addressing potential legal loopholes and for interpreting specific rules if necessary.

III. LAW APPLICABLE TO NATURAL PERSONS

1. *Situation in Colombia*

In order to observe the rules that determine the law applicable to cross-border situations relating to the civil status³³ and capacity³⁴ of natural per-

²⁹ See Basedow, Jürgen, *op. cit.*, pp. 209-210.

³⁰ Regarding names, for example, see article 10 of the Introductory Act to the Civil Code of Germany, according to which names are subject to the law of the country which the person is a national, and article 37 of the Federal Act on International Private Law of Switzerland, according to which names are subject to the law of the person's domicile. These codifications leave some room for the choice of the applicable law by the individual concerned.

³¹ See, for instance, OAS Inter-American Convention on Support Obligations of 15 July 1989 (Law no. 449, Colombia, 4 August 1998, available at: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832122#:~:text=Art%C3%ADculo%204%C2%B0.,cualquier%20otra%20forma%20de%20discriminaci%C3%B3n>).

³² National Civil and Commercial Code..., *cit.*, article 2618, and Private International Law Act, Law no. 544-14..., *cit.*, article 34.

³³ Decree no. 1260, Colombia, 27 July 1970, available at: <https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1254136>. Article 1 of the Decree: "The civil status of a person is his or her legal status in the family and society, determines his or her capacity to exercise certain rights and to incur certain obligations, is indivisible, unavailable and imprescriptible, and is

sons in Colombia, attention must be paid to the two criteria that have been traditionally used to that purpose: nationality and domicile. In Latin America, the use of both³⁵ was considered at the American Congress of Jurisconsults held in 1877-1878, also known as the Congress of Lima, where the use of the nationality prevailed. Then, the so-called Treaty of Lima was approved, whose article 2 states as follows: “The status and legal capacity of persons shall be determined by their national law...”.

As can be observed, this rule is based upon the nationality principle. Although this treaty did not reach practical relevance, its content is, however, almost identical to that of the bilateral Treaty on Private International Law between Ecuador and Colombia,³⁶ which is still in force for both countries. The nationality principle is also included at the national level in the Civil Code of Colombia, which follows in this regard the Civil Code of Chile of 1855. Article 19 of the Civil Code of Colombia refers to law applicable to civil status and capacity, as well as the obligations and rights derived from family relations:

Colombians that are resident or domiciled in a foreign country shall remain subject to the provisions of this Code and other national laws regulating civil rights and obligations:

1) Concerning the status of persons and their capacity to carry out certain acts that are to have effect in any of the territories administered by the general government, or in matters within the competence of the Union.

2) In respect of the obligations and rights arising from family relationships, but only in respect of their spouses and relatives in the cases indicated in the preceding paragraph.³⁷

assigned by law”. Article 2: “The civil status of a person derives from the facts, acts, and orders that determine it and from the legal qualification of them”. See Montoya Osorio Martha Elena and Montoya Pérez, Guillermo, *op. cit.*, pp. 122-123.

³⁴ Civil Code, Law no. 84..., *cit.* Article 1502 of the Code, second paragraph: “A person’s legal capacity consists in being able to bind himself or herself, without authorization of another”.

³⁵ Its use expanded with the Italian school of Mancini. Samtleben, Jürgen, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, transl. by Carlos Bueno Guzmán, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 15.

³⁶ Law no. 13, Colombia, 8 April 1905, available at: <https://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?ruta=Leyes/1568784>. See Samtleben, Jürgen, *op. cit.*, p. 14.

³⁷ The wording of this article is very close to article 15 of the Civil Code of Chile.

As can be seen, article 19 of the Civil Code has a unilateral character. In this sense, it is a strongly territorial rule, which does not admit the application of foreign law to situations that involve foreign nationals.³⁸ Consequently, such a rule does not serve the recognition of the relation of natural persons with their place of origin, nor does it support the idea of continuity which, considering that nationality is not as easy to change as domicile, is often linked to the use of the nationality principle.³⁹

Article 1 of the Treaty on International Civil Law of 1889,⁴⁰ in turn, subjects the capacity of natural persons to the law of domicile: “The capacity of persons is governed by the laws of their domicile”. Colombia adhered to the domicile principle by ratifying that treaty. It also submitted a proposal⁴¹ to amend the 1928 Code of Private International Law (Bustamante Code)⁴² to be based on this principle. According to article 7 of the Bustamante Code, each State “...shall apply as personal law that of domicile, that of nationality or that which have been or will be adopted by its domestic legislation”. It thus reflects a compromise between the two opposing dominant positions, represented by those who defended the nationality principle and those who supported the domicile principle.⁴³ In doing so, this solution is also an expression of the predominance of the territoriality principle in Latin American private international law.⁴⁴ Although the Colombian proposal did not prosper, it is an indication that already in the mid-twentieth century the idea of using the domicile principle found support in Colombia. In this sense, not only the nationality principle but also the domicile principle has played a role in Colombian private international law, and both are included in rules that are applicable in the country.

³⁸ Uribe Misas, Alfonso, “El estatuto personal de los extranjeros en Colombia. Un caso de separación de bienes”, *Estudios de Derecho*, vol. 11, nos. 109-110, 1924, p. 198.

³⁹ Jayme, Erik, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität. Die Sicht des Internationalen Privatrechts*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012, p. 19.

⁴⁰ Law no. 33..., *cit.*

⁴¹ This proposal was presented in 1966 by Caicedo Castilla, who was a Colombian leading expert in the field. See Samtleben, Jürgen, *op. cit.*, p. 81.

⁴² Approved at the Sixth International Conference of American States in Havana, Cuba, on 20 February 1928. Colombia signed the treaty to which this code is annexed, but never ratified it.

⁴³ Samtleben, Jürgen, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 63-83.

Some national codifications in Latin America include the habitual residence criterion as equivalent to that of domicile. In this sense, the Venezuelan⁴⁵ and the Uruguayan⁴⁶ laws reflect the solution of the OAS Inter-American Convention on the Domicile of Natural Persons in Private International Law,⁴⁷ which has not been ratified by Colombia. In Colombian law, there is no explicit reference to this criterion for determining the law applicable to the personal status of natural persons.⁴⁸

2. Codifications in other Latin American countries

By incorporating the nationality criterion in a unilateral conflict-of-law rule,⁴⁹ Colombia departs from the main trend in Latin America. Domicile is used as a connecting factor of bilateral conflict-of-law rules in Argentina,⁵⁰ Bolivia,⁵¹ Brazil,⁵² Dominican Republic,⁵³ Guatemala,⁵⁴ Mexico,⁵⁵ Peru,⁵⁶ Uruguay,⁵⁷ and Venezuela.⁵⁸ While the nationality criterion is included in

⁴⁵ Private International Law Act, Venezuela..., *cit.*, article 11.

⁴⁶ General Act on Private International Law..., *cit.*, article 14.

⁴⁷ According to its article 2.1, the domicile is determined, in the first place, by the law of regular residence.

⁴⁸ Nevertheless, it is worth mentioning that the Inter-American Convention on Support Obligations refers to the application of the law of the domicile or that of regular residence of the creditor or debtor (Law no. 449..., *cit.*, article 6).

⁴⁹ Civil Code, Law no. 84..., *cit.*, article 19.

⁵⁰ National Civil and Commercial Code..., *cit.*, articles 2616, 2618.

⁵¹ Salazar Paredes, Fernando, *Ley de derecho internacional privado boliviano. Proyecto*, 2009, article 21, available at: <https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf>.

⁵² Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro [Law of Introduction to Norms of the Brazilian Law], Law no. 12.376, Brazil, 30 December 2010, article 7.

⁵³ Private International Law Act, Law no. 544-14..., *cit.*, article 31.

⁵⁴ Ley del Organismo Judicial [Law of the Judicial Organism], Decree no. 2-89, Guatemala, 28 March 1989, article 24, available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt004es.pdf>.

⁵⁵ Federal Civil Code, Mexico, 26 May 1928 (last modification: 11 January 2021), article 13, fr. II, available at: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf.

⁵⁶ Civil Code, Legislative Decree no. 295..., *cit.*, articles 2068, 2070.

⁵⁷ General Act on Private International Law..., *cit.*, article 17.

⁵⁸ Private International Law Act, Venezuela..., *cit.*, article 16.

unilateral rules in the Civil Codes of Ecuador⁵⁹ and El Salvador,⁶⁰ which follow the model of the Civil Code of Chile,⁶¹ as is also the case in Colombia.

Rules included in other codifications deserve a little more attention. In Costa Rica,⁶² the national law on the status and capacity of persons binds Costa Ricans with respect to any juridical act or contract to be executed in Costa Rica, regardless of the country where the contract is executed or entered into, and they also bind foreigners with respect to acts to be executed or contracts to be entered into and to be executed in Costa Rica. In Cuba,⁶³ the nationality principle is included in a bilateral conflict-of-law rule, and the residence criterion is applied unilaterally—that is, referring to the Cuban legal system—for persons without nationality (citizenship) who reside in Cuba. In Panama,⁶⁴ nationality is used as a connecting factor in a unilateral conflict-of-law rule for situations involving Panamanians, and the same is explicitly contemplated for the case of foreign nationals. In this case, there is a presumption that admits an exception if the national law refers to another law, in which case the Panamanian judge must apply the latter. In this way, the Panamanian law allows *renvoi*, which would only be admissible up to the second degree. The regulations of Peru and the Dominican Republic, where the domicile principle is applied bilaterally, contemplate the possibility of the so-called mobile conflict, whose resolution is based on the vested rights theory.

The general situation of Latin American codifications described in the preceding paragraphs can be graphically seen on the following chart:

⁵⁹ Civil Code, Ecuador, 24 June 2005 (last modification: 22 May 2016), article 14, available at: <https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Codigo%20Civil.pdf>.

⁶⁰ Civil Code, El Salvador, 10 November 1880, article 15, available at: <http://www.redicces.org.sv/jspui/handle/10972/1607>.

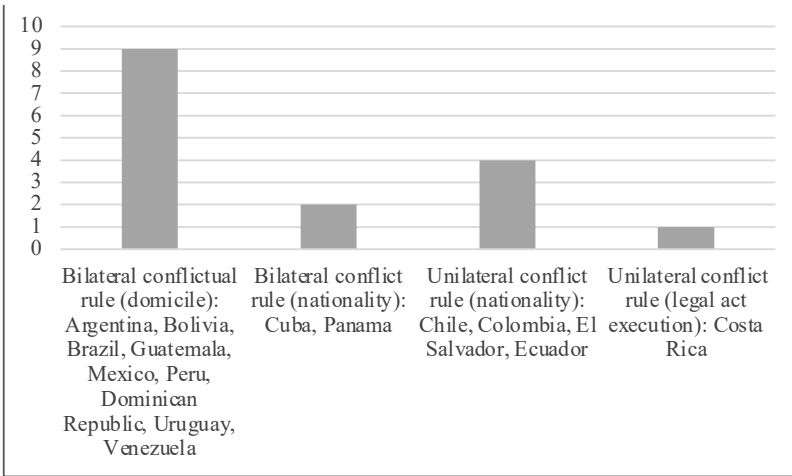
⁶¹ Civil Code, Chile, 30 May 2000 (last modification: 11 September 2020), article 15, available at: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>.

⁶² Civil Code, Law no. 63, Costa Rica, 28 September 1887, article 23, available at: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&Valor1=1&nValor2=15437&nValor3=118816&strTipM=TC.

⁶³ Civil Code, Law no. 59, Cuba, 16 July 1987, article 12, available at: <https://web.archive.org/web/20160428022535/http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#11t1>.

⁶⁴ Code of Private International Law..., *cit.*, article 23.

FIGURE 1



SOURCE: Developed by the authors.

IV. LAW APPLICABLE TO FOREIGN COMMERCIAL COMPANIES

1. *Situation in Colombia*

Under Colombian law, a commercial company is a legal person,⁶⁵ and therefore it may have capacity, name, assets, and domicile.⁶⁶ The possibility of commercial companies having a nationality was rejected for some time, either for scientific or political reasons.⁶⁷ Indeed, the Constitution of 1886 was criticized because it accepted the distinction between national and foreign companies.⁶⁸ However, since the new Political Constitution of 1991

⁶⁵ Commercial Code, Decree no. 410... , *cit.* Article 98 of the Code: “The company, once legally constituted, forms a legal person distinct from the individual partners”.

⁶⁶ Leal Pérez, Hildebrando, *Derecho de sociedades comerciales. Partes general y especial*, Bogotá, Leyer, 2015, pp. 54-55.

⁶⁷ Explanatory Note by the Colombian Delegation to the discussions about the Private International Law Code (Bustamante Code).

⁶⁸ Article 14 of the Colombian Constitution of 1886: “Societies or corporations that are recognized as legal persons in Colombia shall have no other rights than those corresponding to Colombian persons”.

does not directly refer to the nationality of companies, some Colombian authors argue that they can be classified into national and foreign companies.⁶⁹ As can be seen, behind this lies the idea that commercial companies have a nationality. The relevance of determining if a commercial company is national or foreign is twofold: Firstly, this is necessary to know what law it must comply with to be considered validly constituted; and secondly, this allows us to know the *lex societatis*,⁷⁰ in particular, under which rules, within the Colombian law, they shall operate.⁷¹

Regarding the question of whether a commercial company is national or foreign, article 469 of the Colombian Code of Commerce establishes that “Foreign companies are those constituted following the law of another country and with their main domicile abroad”. In this rule, both incorporation (constitution) and domicile are relevant, so that not only the will of the partners of the company, who incorporated the business in a foreign country, but also the center of its economic activities is taken into account.⁷² However, article 469 is not a conflict-of-law rule. Its wording differs, for example, from article 5 of the Treaty on International Commercial Law of 1889,⁷³ according to which, “Companies or associations that have the character of a legal person shall be governed by the laws of the country of their domicile”.⁷⁴ As can be seen, here the domicile is used as a connecting factor of a conflict-of-law rule. In article 469, in contrast, the domicile (abroad) does not indicate the application of a certain legal system, but is, together

⁶⁹ Caicedo Castilla, José Joaquín, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁷⁰ Fresnedo de Aguirre, Cecilia, “Las pequeñas y medianas empresas en el comercio internacional”, in All, Paula *et al.* (eds.), *La actividad internacional de la empresa*, Bogotá, Ibáñez, 2017, and Pérez Vera, Elisa *et al.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2001, vol. 2, p. 50.

⁷¹ Pinzón, Gabino, *Sociedades comerciales*, Bogotá, Temis, 1977, pp. 17-18, and Neira Archila, Luis Carlos, *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 6-8.

⁷² Caicedo Castilla, José Joaquín, *op. cit.*, pp. 148-153. The incorporation theory is included in article 2 of the Inter-American Convention on Conflicts of Laws Concerning Commercial Companies of 8 May 1979. This was also incorporated in the Inter-American Convention on Personality and Capacity of Juridical Persons in International Private Law of 24 May 1984. None of the mentioned Conventions has been ratified by Colombia.

⁷³ Law no. 33..., *cit.*

⁷⁴ Article 7 of the Treaty on International Commercial Law of 1889 also refers to jurisdiction.

with the incorporation according to the law of another country, a condition for the qualification of a company as foreign. Conversely, domestic companies are those formed under Colombian law that have their principal domicile in the country.

Even though article 469 does not contain any explicit reference to the applicable law, according that rule, to classify a company as foreign, the Colombian authorities are called upon to observe the rules that govern the incorporation of the type of company in question in the country where it is incorporated. Once the company is classified as foreign, the application of Colombian law for foreign companies follows. In particular, this refers to the rules of Title VIII of the Colombian Code of Commerce, among which it is important to highlight the rule that subjects them to State supervision —what is exercised through the Superintendence of Finance or Companies— when they develop activities in Colombia on a permanent basis.⁷⁵ Thus, the solution found in article 469 of the Commercial Code has a strong territorial character.

Article 5 of the Treaty on International Commercial Law of 1889, for its part, mandates that the performance of acts shall be governed by the law of the country in which such acts are intended to be performed. This certainly leads to the same result as the solution of the Commercial Code, in the case of acts carried out in Colombia. However, when applied by each State party, article 5 of the mentioned treaty would have the effect of a bilateral conflict-of-law rule, so that, if it is applied in Colombia to acts carried out in another country, the law of the latter must be applied. Thus, this not necessarily implies to apply the *lex fori*.

2. Codifications in other Latin American countries

Codifications of Latin American countries regarding the law applicable to the status of foreign companies can be classified into two groups. The first group represents the most modern trend in this area.⁷⁶ These are codifications that include conflict-of-law rules that follow the incorporation

⁷⁵ Commercial Code, Decree no. 410..., *cit.*, article 470.

⁷⁶ Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *op. cit.*, p. 42.

theory; they are generally applicable to the existence, form, and capacity of foreign legal entities. A general tendency in this group is that, according to these codifications, when they carry out activities in the national territory, such activities are subject to territorial law. In addition, the capacity admitted to foreign entities and companies incorporated abroad may not be greater than that recognized to those created in the country.⁷⁷ The codifications in this group include those of Argentina,⁷⁸ Bolivia,⁷⁹ Brazil,⁸⁰ Cuba,⁸¹ the Dominican Republic,⁸² Mexico,⁸³ Panama,⁸⁴ Peru,⁸⁵ Uruguay,⁸⁶ and Venezuela.⁸⁷ Among these codifications, those of Panama, the Dominican Republic, and Venezuela have certain particularities. The legislation of Panama includes a bilateral conflict-of-law rule without distinguishing between national and foreign legal entities and, besides, recognizes party autonomy in the case of an international economic interest group.⁸⁸ In the

⁷⁷ Ley de Sociedades Comerciales [Business Companies Act], Law No. 16.060, Uruguay, 4 September 1989, article 192, available at: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf>, and Civil Code, Legislative Decree no. 295..., *cit.*, article 2073.

⁷⁸ Ley General de Sociedades [General Companies Act], Law no. 19.550, Argentina, 30 March 1984, article 118, available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>.

⁷⁹ Commercial Code, Decree-Law no. 14379, Bolivia, 25 February 1977, article 413, available at: <https://servdmzw.asfi.gob.bo/circular/Leyes/CCOM.pdf>.

⁸⁰ Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro [Law of Introduction to Norms of the Brazilian Law]..., *cit.*, article 11.

⁸¹ Commercial Code, Cuba, 28 January 1886, article 15, available at: <http://www.gecomex.cu/uploads/descargas/doc-8460.pdf>.

⁸² Private International Law Act, Law no. 544-14..., *cit.*, articles 37-38.

⁸³ Federal Civil Code..., *cit.*, article 2736.

⁸⁴ Code of Private International Law..., *cit.*, article 24.

⁸⁵ Commercial Code, Peru, 15 February 1902, article 15, available at: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_per_codcomercio.pdf, and Civil Code, Legislative Decree no. 295..., *cit.*, article 2073.

⁸⁶ Ley de Sociedades Comerciales [Business Companies Law]..., *cit.*, article 192, and General Act on Private International Law..., *cit.*, article 38. On the use of the incorporation criterion in the Uruguayan legal system, see Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁷ Private International Law Act, Venezuela..., *cit.*, article 20.

⁸⁸ Code of Private International Law..., *cit.*, articles 24, 28, and Boutin, Gilberto, “La noción de grupo de interés económico en el Código de Derecho Internacional Privado panameño”, in All, Paula *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 206-216.

Dominican Republic, the general rule is established through a unilateral conflict-of-law rule, which refers to the Dominican law; however, a bilateral conflict-of-law rule, which applies the criterion of incorporation together with that of the real seat, applies to companies and individual limited liability companies.⁸⁹ The Venezuelan law contains a bilateral conflict-of-law rule that does not distinguish between domestic and foreign private legal entities and applies to the existence, capacity, operation, and dissolution of such entities.⁹⁰

The second group of codifications represent those that do not adopt a conflictual solution *stricto sensu*. These include codifications of Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, and Guatemala. Some of these countries have rules that indicate when a company is foreign, as done by article 469 of the Colombian Code of Commerce (see *supra*), or rules that implicitly recognize the nationality of a company based on the laws of the country of its incorporation: Chile,⁹¹ Ecuador,⁹² El Salvador,⁹³ Costa Rica,⁹⁴ and Guatemala.⁹⁵

The widespread use of the incorporation theory among Latin American codifications, some of which contain conflict-of-law rules and some of which do not, can be easily seen in the following chart:

⁸⁹ Private International Law Act, Law no. 544-14..., *cit.*, articles 29, 37 y 38.

⁹⁰ Private International Law Act, Venezuela..., *cit.*, article 20.

⁹¹ Commercial Code, Chile, 23 November 1865 (last modification: 13 April 2021), article 447, available at: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1974>.

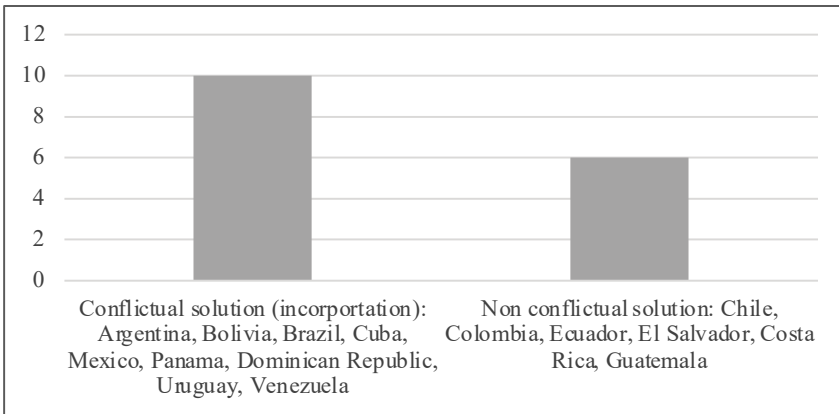
⁹² Companies Law, Ecuador, 5 November 1999 (last modification: 29 December 2017), articles 425, 418, available at: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/02/ley_de_companias.pdf.

⁹³ Commercial Code, Legislative Decree no. 671, El Salvador, 8 May 1970, article 358, available at: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_comercio.pdf.

⁹⁴ Commercial Code, Law no. 3284, Costa Rica, 30 April 1964, article 226, available at: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=TC.

⁹⁵ Commercial Code, Decree no. 2-70, Guatemala, 22 April 1970, article 213, available at: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_gtm_anex2.pdf.

FIGURE 2



SOURCE: Developed by the authors.

OCHOA JIMÉNEZ / ZAPATA FLÓREZ

V. GENERAL COMMENTS

Considering the situation of private international law in Colombia described in this paper, it is relevant to comment on some of its consequences. First of all, the lack of a systematic national codification on private international law reinforces the assumption that it is enough to deal with cross-border cases just from a material perspective based on the *lex fori*, without paying attention to conflict-of-law solutions. In some cases, it is certainly correct to proceed from a strictly material point of view, for instance, in cases regarding the acquisition of nationality,⁹⁶ which does not require a conflict-of-law approach.⁹⁷ However, dealing with all kinds of cross-border situations only by assessing compliance with material rules, for instance, through the evaluation of the possible violation of fundamental rights, is problematic. Mainly because by proceeding in that way, the relation of the case with foreign law is disregarded, which may threaten the achievement

⁹⁶ See, for example, Constitutional Court of Colombia, Ruling T-006/20, Reporting Judge: Cristina Pardo Schlesinger, 17 January 2020, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-006-20.htm>.

⁹⁷ See Political Constitution of Colombia, 20 July 1991, article 96, available at: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

of a just result. Additionally, judicial decisions are directly applicable to one particular situation, and they imply an *a posteriori* evaluation, which is linked to legal uncertainty.

Of course, this does not mean that human and fundamental rights are irrelevant. The unilateral character of article 19 of the Civil Code, for example, can indeed be analyzed from this perspective. In this sense, it is noteworthy that, on the one hand, this rule refers only to Colombians and does not take into account foreign nationals.⁹⁸ On the other hand, the use of the term “Colombians” aims at achieving a uniform citizenship, so no attention is paid to the cultural diversity existing within the country. This could be explained not only by the predominance of the principle of territoriality in Latin America⁹⁹ but also by the particular history of Colombia.¹⁰⁰ However, in current times, this can be objected to from a human rights perspective.

The lack of consideration of foreign nationals can be criticized if we see it within the framework of the human right to migration.¹⁰¹ And, although the question of to what extent private international law can or has to accommodate the rights of indigenous groups that inhabit the country’s territory may be not only controversial but also very complex, thinking about it

⁹⁸ See Cock Arango, Alfredo, *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952, p. 256. It should be noted that Colombian courts have observed this rule considering its effects on foreigners. See, e. g., Constitutional Court of Colombia, Ruling C-395/02, Reporting Judge: Jaime Araújo Rentería, 22 May 2002, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-395-02.htm>; Supreme Court of Colombia, Ruling SC2502-2021, Reporting Judge: Luis Armando Tolosa Villabona, 23 June 2021, available at: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/07/SC2502-2021-2014-01811-01.pdf>.

⁹⁹ Samtleben, Jürgen, “Principio de territorialidad en América Latina (1977)”, in Samtleben, Jürgen (ed.), *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien in Lateinamerika*, Aachen, Shaker Verlag, 2010.

¹⁰⁰ According to María Angélica Gómez Matoma, in the late nineteenth century and the beginnings of the twentieth century, discrimination towards immigrants was evident in both Colombian politics and legislation. Gómez Matoma, María Angélica, “La política internacional migratoria colombiana a principios del siglo XX”, *Memoria y Sociedad*, vol. 13, no. 26, 2009, available at: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/memoysoiedad/article/view/8221>.

¹⁰¹ Article 13.2 of the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948: “Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”. Article 12.2 of the UN International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966 (Law no. 74 of 26 December 1968): “Everyone shall be free to leave any country, including his own”.

seems also unavoidable today.¹⁰² In any case, in relation to both foreign nationals and members of indigenous groups, the right to non-discrimination must also be taken into account.¹⁰³ Taking these observations into consideration, as a starting point, it is reasonable to allow for the possibility of following the criterion of domicile, which could be more compatible with the integration of foreigners in Colombia as a host country. However, it should not be forgotten that this cannot disregard the ties, particularly those of a cultural or religious nature, that individuals may have with their legal system of origin. Moreover, as far as the indigenous population is concerned, strict application of the principle of domicile would imply an assimilationist approach. Therefore, it does not seem advisable to completely exclude the application of the law of origin if we accept that private international law aims to protect two values: the exchange between cultures and civilizations and the cultural identity of individuals and peoples, both of which are related to the protection of fundamental rights.¹⁰⁴

Regarding commercial companies, as has been seen, the rule contained in the Colombian Code of Commerce does not conform to the most modern trend in this matter. While it can be said that it reflects the incorporation theory, it does not properly reflect a conflict-of-law perspective, what translates into the fact that it does not clearly indicate what aspects of foreign companies are governed by foreign law. Fundamental rights may also be relevant here. Although the Political Constitution of 1991 does not directly refer to the nationality of companies, however, when its article 100 recognizes foreigners the same rights granted to Colombians, no distinction is made between natural and legal persons. In this sense, what the Constitutional Court has held with respect to legal persons, in general, may also be applicable to foreign ones: “There are rights of legal entities, which they can claim within the social rule of law and which the authorities are

¹⁰² See UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 13 September 2007 and ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples of 27 June 1989 (Law no. 21 of 4 March 1991).

¹⁰³ Article 26 of the UN International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966 (Law no. 74, Colombia, 26 December 1968, available at: <https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>). See also Political Constitution of Colombia..., *cit.*, articles 13, 100.

¹⁰⁴ Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “El “derecho internacional privado multicultural” y el revival de la ley personal”, *La Ley*, no. 7847, 2012, pp. 1-8.

obliged to respect and ensure that they are respected”.¹⁰⁵ And according to the Court, “among the immense range of rights that correspond to them, there are also fundamental ones, insofar as they are closely linked to their very existence, to their activity, to the core of the guarantees that the legal order offers them”.¹⁰⁶ Of course, this cannot be interpreted as excluding discrimination (differentiation) between domestic and foreign companies. From a conflict-of-law perspective, under a future national codification on the subject, this could take place, for example, by taking into consideration foreign law regarding those aspects that, by means of a conflict-of-law rule, could be subject to such law; or, on the contrary, by excluding the application of foreign law, and applying the national law instead, by virtue of the public policy clause.

In view of the above considerations, it is necessary to review the Colombian rules governing the law applicable to the personal status of both individuals and commercial companies. But this must be seen in the broader framework of the need for a systematic national codification of private international law, which would provide *a priori* solutions and, consequently, greater legal certainty. Such a codification will inevitably go beyond material solutions, which ignore issues related to conflict of laws. This will allow for a more adequate assessment of the relationship that cross-border situations may have with foreign law.

VI. BIBLIOGRAPHY

- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando and GALÁN BARRERA, Diego Ricardo, *Derecho internacional privado (parte general)*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- BASEDOW, Jürgen, *El derecho de las sociedades abiertas*, transl. by Teresa Puig Stoltenberg, Bogotá, Legis, 2017.
- BOUTIN, Gilberto, “La noción de grupo de interés económico en el Código de Derecho Internacional Privado panameño”, in ALL, Paula *et al.* (eds.), *La actividad internacional de la empresa*, Bogotá, Ibáñez, 2017.

¹⁰⁵ Constitutional Court of Colombia, Ruling SU-182/98, Reporting Judges: Carlos Gaviria Díaz and José Gregorio Hernández Galindo, 6 May 1998, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU182-98.htm>.

¹⁰⁶ *Idem.*

- CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1967.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “El «derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, *La Ley*, no. 7847, 2012.
- CHILEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (ADIPRI) and LAW SCHOOL OF THE UNIVERSITY OF CHILE, *Anteproyecto de Ley de derecho internacional privado*, 2020, available at: https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2020/09/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado-1.pdf.
- Civil Code, Chile, 30 May 2000 (last modification: 11 September 2020), available at: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>.
- Civil Code, Ecuador, 24 June 2005 (last modification: 22 May 2016), available at: <https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20Civil.pdf>.
- Civil Code, El Salvador, 10 November 1880, available at: <http://www.redicces.org/sv/jspui/handle/10972/1607>.
- Civil Code, Law no. 59, Cuba, 16 July 1987, available at: <https://web.archive.org/web/20160428022535/http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#11t1>.
- Civil Code, Law no. 63, Costa Rica, 28 September 1887, available at: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=118816&strTipM=TC.
- Civil Code, Law no. 84, Colombia, 26 May 1873, available at: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.
- Civil Code, Legislative Decree no. 295, Peru, 24 July 1984, available at: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>.
- COCK ARANGO, Alfredo, *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952.
- Code of Private International Law, Law no. 61, Panama, 7 October 2015, available at: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885_A/GacetaNo_27885a_20151008.pdf.
- Commercial Code, Chile, 23 November 1865 (last modification: 13 April 2021), available at: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1974>.
- Commercial Code, Cuba, 28 January 1886, available at: <http://www.gecomex.cu/uploads/descargas/doc-8460.pdf>.
- Commercial Code, Decree no. 2-70, Guatemala, 22 April 1970, available at: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_gtm_anex2.pdf.

- Commercial Code, Decree no. 410, Colombia, 27 March 1971, available at: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.
- Commercial Code, Decree-Law no. 14379, Bolivia, 25 February 1977, available at: <https://servdmzw.asfi.gob.bo/circular/Leyes/CCOM.pdf>.
- Commercial Code, Law no. 3284, Costa Rica, 30 April 1964, available at: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=TC.
- Commercial Code, Legislative Decree no. 671, El Salvador, 8 May 1970, available at: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_comercio.pdf.
- Commercial Code, Peru, 15 February 1902, available at: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_per_codcomercio.pdf.
- Companies Law, Ecuador, 5 November 1999 (last modification: 29 December 2017), available at: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/02/ley_de_companias.pdf.
- CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA, Ruling C-395/02, Reporting Judge: Jaime Araújo Rentería, 22 May 2002, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-395-02.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA, Ruling SU-768/14, Reporting Judge: Jorge Iván Palacio Palacio, 16 October 2014, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA, Ruling SU-182/98, Reporting Judges: Carlos Gaviria Díaz and José Gregorio Hernández Galindo, 6 May 1998, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU182-98.htm>.
- CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA, Ruling T-006/20, Reporting Judge: Cristina Pardo Schlesinger, 17 January 2020, available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-006-20.htm>.
- Decree no. 1260, Colombia, 27 July 1970, available at: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1254136>.
- DELIĆ, Ana, “The Birth of Modern Private International Law: The Montevideo Treaties (1889, amended 1940)”, 2017, available at: <http://opil.ouplaw.com/page/Treaties-Montevideo>.
- Federal Civil Code, Mexico, 26 May 1928 (last modification: 11 January 2021), available at: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf.

- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Las pequeñas y medianas empresas en el comercio internacional”, in ALL, Paula *et al.* (eds.), *La actividad internacional de la empresa*, Bogotá, Ibáñez, 2017.
- General Act of Private International Law, Law no. 19.920, Uruguay, 27 November 2020, available at: <https://www.impco.com.uy/bases/leyes/19920-2020>.
- GÓMEZ MATOMA, María Angélica, “La política internacional migratoria colombiana a principios del siglo XX”, *Memoria y Sociedad*, vol. 13, no. 26, 2009, available at: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/memoysociedad/article/view/8221>.
- JAYME, Erik, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität. Die Sicht des Internationalen Privatrechts*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012.
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, transl. by Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Law no. 13, Colombia, 8 April 1905, available at: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568784>.
- Law no. 21, Colombia, 22 January 1981, available at: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577172>.
- Law no. 33, Colombia, 30 December 1992, available at: http://www.secreta.riasegado.gov.co/senado/basedoc/ley_0033_1992.html.
- Law no. 74, Colombia, 26 December 1968, available at: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>.
- Law no. 449, Colombia, 4 August 1998, available at: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832122#:~:text=Art%C3%ADculo%204%C2%B0.,cualquier%20otra%20forma%20de%20discriminaci%C3%B3n>.
- Law no. 1676, Colombia, 20 August 2013, available at: http://www.secreta.riasegado.gov.co/senado/basedoc/ley_1676_2013.html.
- LEAL PÉREZ, Hildebrando, *Derecho de sociedades comerciales. Partes general y especial*, Bogotá, Leyer, 2015.
- Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro [Law of Introduction to Norms of the Brazilian Law], Law no. 12.376, Brazil, 30 December 2010, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.
- Ley de Sociedades Comerciales [Business Companies Act], Law no. 16.060, Uruguay, 4 September 1989, available at: <https://www.bps.gub.uy/bps/file/12029/1/ley-16.060-ley-de-sociedades-comerciales.pdf>.

- Ley del Organismo Judicial [Law of the Judicial Organism], Decree no. 2-89, Guatemala, 28 March 1989, available at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt004es.pdf>.
- Ley General de Sociedades [General Companies Act], Law no. 19.550, Argentina, 30 March 1984, available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 2016.
- MONTOYA OSORIO, Martha Elena and MONTOYA PÉREZ, Guillermo, *Las personas en el derecho civil*, Bogotá, Leyer, 2010.
- National Civil and Commercial Code, Law no. 26.994, Argentina, 8 October 2014, available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.
- NEIRA ARCHILA, Luis Carlos, *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Bogotá, Temis, 2006.
- OCHOA JIMÉNEZ, María Julia, “Normas de derecho internacional privado en materia de bienes: la regla *lex rei sitae* en América Latina y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, no. 37, 2019, available at: <https://revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6059>.
- OCHOA JIMÉNEZ, María Julia *et al.*, “La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 21, no. 1, 2019, available at: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/6784>.
- PÉREZ VERA, Elisa *et al.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2001, vol. 2.
- PINZÓN, Gabino, *Sociedades comerciales*, Bogotá, Temis, 1977.
- Political Constitution of Colombia, 20 July 1991, available at: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Private International Law Act, Law no. 544-14, Dominican Republic, 5 December 2014, available at: <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2017/02/Ley-544-14-sobre-Derecho-Internacional-Privado-de-la-Republica-Dominicana.pdf>.
- Private International Law Act, Venezuela, 6 August 1998, available at: <https://venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-de-derecho-internacional-privado/gdoc/>.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Mexico, Porrúa, 2006.

- SALAZAR PAREDES, Fernando, *Ley de derecho internacional privado boliviano. Proyecto*, 2009, available at: <https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf>.
- SAMTLEBEN, Jürgen, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, transl. by Carlos Bueno Guzmán, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- SAMTLEBEN, Jürgen, “Principio de territorialidad en América Latina (1977)”, in SAMTLEBEN, Jürgen (ed.), *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien in Lateinamerika*, Aachen, Shaker Verlag, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema de derecho romano actual*, transl. by Jacinto Mesía and Manuel Poley, Madrid, F. Góngora, 1879.
- SUPREME COURT OF COLOMBIA, Ruling SC2502-2021, Reporting Judge: Luis Armando Tolosa Villabona, 23 June 2021, available at: <https://corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/07/SC2502-2021-2014-01811-01.pdf>.
- URIBE MISAS, Alfonso, “El estatuto personal de los extranjeros en Colombia. Un caso de separación de bienes”, *Estudios de Derecho*, vol. 11, nos. 109-110, 1924.
- Working group for the revision and improvement of the Peruvian Civil Code of 1984, *Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil peruano*, 2019, available at: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adecuada.pdf.

Contribuciones de la diplomacia al desarme nuclear: ¿qué aportes brindará el Tratado para la Prohibición de las Armas Nucleares al desarme?

Diplomacy's Contributions to Nuclear Disarmament: What will the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons bring towards Disarmament?

Contribution de la diplomatie au désarmement nucléaire: quels seront les apports du Traité sur l'Interdiction des Armes Nucléaires au Désarmement?

Carla JUÁREZ GURAIEB*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes del tema y estado actual.* III. *Una nueva narrativa para la seguridad internacional: la estigmatización de las armas nucleares.* IV. *El derecho internacional humanitario como marco para la estigmatización de las armas nucleares.* V. *La costumbre internacional y el TPAN.* VI. *La Iniciativa Humanitaria.* VII. *Análisis del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares.* VIII. *Principales críticas al TPAN.* IX. *Lecciones aprendidas del proceso de creación del TPAN.* X. *Conclusiones.* XI. *Bibliografía.*

* Consulado General de México en Río de Janeiro, Brasil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6143-7252>, cjuarezg@sre.gob.mx.

Artículo recibido el 31 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 575-610
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: este trabajo ilustra el proceso diplomático que condujo a la elaboración del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN), proceso que incluyó la participación de la sociedad civil en las llamadas conferencias humanitarias y que requirió del compromiso de los países líderes en materia de desarme nuclear. El artículo analiza cómo, a través de procesos similares o paralelos, la diplomacia puede contribuir al gran objetivo del desarme, y del desarme nuclear en particular, mediante la generación de nuevas narrativas, la estigmatización de las armas nucleares, su deslegitimación, su prohibición y la detonación de un proceso de desarme nuclear en el mediano plazo. En el texto se argumenta que el TPAN puede contribuir efectivamente al desarme nuclear en el mediano plazo.

Palabras clave: armas nucleares, desarme nuclear, Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN), la Iniciativa Humanitaria, estigmatización, diplomacia, multilateralismo.

ABSTRACT: this article illustrates the diplomatic process that led to the creation of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW). This process included the active participation of civil society at the Humanitarian Conferences, which required the engagement of the leading countries on nuclear disarmament. The article analyses how, through similar or parallel processes, diplomacy can contribute to the great goal of disarmament, nuclear disarmament, by generating new narratives, stigmatizing nuclear weapons, delegitimizing them, prohibiting them and detonating a process of disarmament in the medium term. The author argues that the TPNW can contribute to nuclear disarmament on the medium term.

Key words: nuclear weapons, nuclear disarmament, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW), the Humanitarian Initiative, stigmatization, diplomacy, multilateralism.

RÉSUMÉ: Cet article illustre le processus diplomatique qui conduit à l'élaboration du Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (TIAN), processus qui inclut la participation active de la société civile au sein des dites Conférences Humanitaires et qui exigea l'engagement des pays leaders en matière de désarmement nucléaire. Cet article analyse comment, à travers des processus similaires ou parallèles, la diplomatie peut contribuer au grand objectif du désarmement, particulièrement le désarmement nucléaire, à travers la génération de nouvelles narrations; stigmatisant les armes nucléaires, les délégitimant, les interdisant et provoquant, à moyen terme, un processus de désarmement nucléaire. Ce texte soutient que le Traité peut effectivement contribuer au désarmement nucléaire à moyen terme.

Mots-clés: armes nucléaires, désarmement nucléaire, Traité sur l'interdiction des armes nucléaires, l'Initiative Humanitaire, stigmatisation, diplomatie, multilatéralisme.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es promover la paz y la seguridad internacionales. Como tal, desde su creación la ONU ha buscado promover acuerdos multilaterales y tratados vinculantes que alienten el desarme tanto de armas convencionales como de armamento no convencional, bajo la premisa de que es mediante el desarme como se puede alcanzar la paz y la seguridad internacionales. Actualmente, existen avances sustanciales en la materia; por ejemplo, el marco jurídico internacional contempla la prohibición de la utilización de ciertos tipos de armamento, como las minas antipersonales, las municiones en racimo o las armas químicas y biológicas de destrucción masiva. Además, se ha promovido la no proliferación de las armas nucleares y la regulación del comercio de armas convencionales.

Sin embargo, el gran pendiente en este tema continúa siendo la eliminación y prohibición total de las armas nucleares. El panorama geopolítico actual y las tensiones políticas, sociales y económicas en diversas regiones del mundo hacen evidente que es necesario contar con un régimen que busque la completa eliminación de las armas nucleares, ante la posible amenaza de su uso y las devastadoras consecuencias que ello tendría. Si bien la regulación existente en materia de no proliferación nuclear —que tiene como su “piedra angular” al Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP)— es amplia, aún está pendiente el avanzar en iniciativas que alienten el desarme y la eliminación de las armas nucleares mediante instrumentos jurídicamente vinculantes. El panorama actual sugiere que es a través de un cambio de paradigma en la agenda de seguridad internacional como se logrará dar ese paso.

Durante la última década, ante la parálisis en la generación de instrumentos concretos en materia de desarme nuclear, surgió la Iniciativa Humanitaria, la cual fue sumando actores estatales y no estatales, académicos y expertos, quienes fueron alimentando un proceso complejo de conversaciones en entornos diplomáticos e informales para buscar una alternativa al *statu quo* en materia de desarme nuclear. Así, después de un largo y complejo proceso diplomático, se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un tratado de prohibición de las armas

nucleares¹ que culminó con la aprobación del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) en 2017.

Dicho logro fue resultado de un proceso diplomático promovido por una red de Estados, en conjunto con organizaciones de la sociedad civil y activistas, que durante varios años han buscado prohibir las armas nucleares. A diferencia de otros instrumentos internacionales, el enfoque del TPAN se centró en las devastadoras consecuencias humanitarias que acarrearán el uso y la existencia de las armas nucleares, utilizando como narrativa la estigmatización y deslegitimación de estas armas, y como marco jurídico el derecho internacional humanitario (DIH).

La realización de un tratado de prohibición de las armas nucleares sin la participación de los Estados nucleares estuvo motivada, en parte, por los procesos de elaboración de la Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonales de 1997 (también conocida como Tratado de Ottawa) y la Convención sobre Municiones en Racimo (producto del Proceso de Oslo de 2007), en los cuales la sociedad civil jugó un papel fundamental en la promoción y aprobación de los tratados.²

Los promotores del TPAN argumentaron que los Estados nucleares han sido omisos en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo VI del TNP, que establece la necesidad de “celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera armamentista nuclear en fecha cercana”.³ Igualmente, plantearon que, al igual que como sucedió con las minas antipersonales, primero se deberían deslegitimar las armas nucleares para, posteriormente, poder motivar su prohibición.⁴ Sin embargo, para muchos la ausencia voluntaria de los Estados nucleares en el proceso de negociación del TPAN resulta ser una de sus grandes debilidades.

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohíba las armas nucleares y conduzca a su total eliminación. Programa, A/CONF.229/2017/2, 27 a 31 de marzo y 15 de junio a 7 de julio de 2017, disponible en: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/2>.

² Egeland, Kjølv, “Oslo’s (new track). Norwegian nuclear disarmament diplomacy 2005-2013”, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, vol. 2, núm. 2, 2019, pp. 468-490, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/25751654.2019.1671145>.

³ Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, Londres, Moscú y Washington, 1o. de julio de 1968, disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/1970/infcirc140_sp.pdf.

⁴ Lomónaco, Jorge, “Hacia la prohibición de las armas nucleares”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 110, mayo-agosto de 2017, pp. 79-95.

Por todo ello, el debate que derivó en el TPAN no se centró en los aspectos de seguridad y en asuntos militares desde una visión tradicional de la seguridad internacional, sino que se enfocó en las catastróficas consecuencias que tendría su uso en el plano humanitario.⁵ De igual manera, se buscó crear con el tratado una nueva norma de derecho internacional que genere un régimen de prohibición que en el mediano plazo vaya acumulando Estados parte que contribuyan para una deslegitimación de las armas nucleares de manera paulatina y, eventualmente, para convertir esta nueva norma en costumbre internacional.

En este artículo se argumenta que el proceso de negociaciones diplomáticas que culminó con la aprobación del TPAN podría contribuir a modificar en el mediano plazo el paradigma vigente en materia de seguridad internacional y desarme. Se parte de la premisa de que es mediante la diplomacia multilateral como se pueden alcanzar acuerdos mínimos que contribuyan al gran objetivo del desarme, sin olvidar el poder real que otorgan las armas nucleares a los Estados que las poseen, el mercado vinculado al armamento nuclear, la diversidad de actores involucrados, así como una agenda de seguridad internacional en constante cambio.

II. ANTECEDENTES DEL TEMA Y ESTADO ACTUAL

El desarme nuclear y la promoción de los usos pacíficos de la energía nuclear han estado siempre en el corazón de la ONU. Desde su creación, la organización ha buscado regular, o bien prohibir, el uso y desarrollo de las armas nucleares para evitar su proliferación. La agenda nuclear es tan vigente y relevante que el plan de trabajo de António Guterres, actual secretario general de la ONU, tiene entre sus prioridades el desarme nuclear, pues en él se plantea que la amenaza existencial que representan las armas nucleares para la humanidad debe motivar a la comunidad internacional para lograr una acción nueva y decisiva encaminada a su total eliminación.⁶

⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), “Un día histórico para la prohibición de las armas nucleares”, 2020, disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/prohibicion-de-las-armas-nucleares-hoy-es-un-dia-historico>.

⁶ Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), *Securing our Common Future. An Agenda for Disarmament*, Nueva York, ONU, 2018, disponible en: <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2018/06/sg-disarmament-agenda-pubs-page.pdf>.

Mantener la paz y la seguridad internacionales es uno de los principales mandatos de la ONU, el cual está establecido en el artículo 1o. de la Carta de las Naciones Unidas.⁷ De esta forma, el desarme nuclear ha permanecido como una de sus prioridades, y a lo largo de los años los Estados miembros han construido un andamiaje institucional para alcanzar dicho objetivo.

Aunque la energía nuclear tiene una multiplicidad de aplicaciones positivas de carácter pacífico —desde la generación de energía eléctrica hasta la aplicación en la medicina, en la agricultura y en diversas ciencias e industrias—, el desarrollo de la energía nuclear para uso bélico tiene un efecto catastrófico de corto, mediano y largo plazo capaz de destruir ciudades enteras, de modificar el entorno físico y de afectar a las generaciones venideras. La Oficina de Naciones Unidas para Asuntos de Desarme (UNODA, por sus siglas en inglés) asegura que “las armas nucleares son las armas más peligrosas en el mundo”,⁸ y así lo hemos podido atestiguar después de la explosión de las bombas nucleares en Hiroshima (*Little Boy*) y Nagasaki (*Fat Man*) en 1945, y de catástrofes nucleares como las de Chernóbil y Fukushima.

A pesar de sus efectos nocivos y de los esfuerzos de la comunidad internacional por visibilizar la amenaza que implica la mera existencia de las armas nucleares y por fomentar la reducción de los arsenales nucleares, la UNODA calcula que en el mundo siguen existiendo alrededor de 13, 400 armas nucleares, y que a la fecha se han llevado a cabo más de 2,000 ensayos nucleares.⁹

III. UNA NUEVA NARRATIVA PARA LA SEGURIDAD INTERNACIONAL: LA ESTIGMATIZACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES

La falta de avances en materia de desarme nuclear, la paralización de los foros internacionales dedicados a ello —en especial de la Conferencia de Desarme, que desde 1996 no ha tenido ninguna negociación sustantiva— y la falta de cumplimiento del TNP en materia de desarme por parte de los Estados nucleares han generado la búsqueda de nuevas narrativas y la

⁷ Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>.

⁸ UNODA, *cit.*

⁹ *Idem.*

construcción de espacios en los que sea posible alcanzar acuerdos y avances tangibles en la agenda de desarme nuclear.

De acuerdo con el embajador mexicano Jorge Lomónaco,¹⁰ la historia demuestra que los grandes flagelos de la humanidad —esclavitud, tortura, racismo— sólo han podido ser eliminados una vez que éstos fueron estigmatizados, con el fin de generar el rechazo social y, posteriormente, fueron prohibidos a través de una norma jurídica. Lo mismo ha sucedido en el plano del desarme, en el cual, a través de procesos complejos, se ha logrado estigmatizar y, después, prohibir y eliminar armas, como las químicas, las biológicas, las minas antipersonales y las municiones en racimo. Bajo esa lógica, lo mismo debería de suceder con las armas nucleares: deben ser estigmatizadas, prohibidas y, por último, eliminadas.

En términos narrativos, el reto es modificar la percepción que se tiene sobre estas armas. Nick Ritchie¹¹ sostiene, desde una lógica kantiana, que el desarme nuclear es posible si se sigue un patrón de estigmatización de las armas nucleares de forma incremental —mediante la devaluación del valor que se les asigna de manera superficial—, que después continúe con la reducción de su valor asignado de manera profunda —a través de una reconceptualización de la lógica política, estratégica y militar que sustenta las prácticas y programas nucleares—, y que finalice deslegitimándolas —por medio de la modificación de los valores que se les asignan a las armas nucleares en el imaginario colectivo—. En el plano político, por ejemplo, estigmatizar las armas nucleares las haría incompatibles con los principios de derechos humanos y del DIH, con lo cual se convirtiéran en armas poco atractivas para aquellos gobiernos que quieran ser vistos como ejemplos a seguir por la comunidad internacional, por sus ciudadanos y por la opinión pública.¹²

De acuerdo con el académico John Borrie,¹³ los logros alcanzados por la comunidad internacional con el Tratado de Ottawa y la Convención sobre

¹⁰ Lomónaco, Jorge, *op. cit.*

¹¹ Ritchie, Nick, “Waiting for Kant: Devaluing and Delegitimizing Nuclear Weapons”, *International Affairs*, vol. 90, núm. 3, mayo de 2014, pp. 601-623, disponible en: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/90/3/601/2326737>.

¹² Acheson, Ray y Fihn, Beatrice, *Preventing Collapse: The NPT and a Ban on Nuclear Weapons*, WILPF-RCW, 2013, disponible en: <https://www.reachingcriticalwill.org/resources/publications-and-research/publications/8316-preventing-collapse-the-npt-and-a-ban-on-nuclear-weapons>.

¹³ Borrie, John, “Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban”, *International Affairs*, vol. 90, núm. 3, mayo de 2014, pp. 625-646, disponible en: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/90/3/625/2326740>.

Municiones en Racimo de 2008 han demostrado el éxito en la promoción del desarme desde un punto de vista del DIH, al evidenciar que las consecuencias de su uso en los conflictos armados es desproporcionado y causa sufrimiento innecesario a la población civil o combatiente.

El diplomático Miguel Marín Bosch¹⁴ considera que el proceso de Ottawa podría replicarse en otros aspectos del desarme, incluido el nuclear. La premisa de Marín Bosch es que en el plano de la diplomacia multilateral es posible negociar acuerdos que en lo inmediato no contribuyan a lograr su objetivo central —por ejemplo, en el caso del TPN, el desarme nuclear— e, incluso, éstos pueden no contar con la adhesión de las potencias nucleares debido a razones de seguridad internacional o a su política militar —como ocurrió con Francia o China en el proceso del TNP—. Sin embargo, en el largo plazo, dichos instrumentos contribuyen a generar las condiciones necesarias para que las armas nucleares sean percibidas como ilegítimas, con lo cual ya ni siquiera sería cuestionable la necesidad de su prohibición.

En este tenor, Borrie¹⁵ argumenta que a pesar de que las armas nucleares son distintas a las minas antipersonales o a las municiones en racimo por una diversidad de razones (por ejemplo, las armas nucleares juegan un papel distinto en las doctrinas militares, tienen características técnicas que difieren de las armas convencionales, etcétera), se podría interpelar a la generación de nuevas reglas que por sí solas cuestionen la validez o moralidad de la existencia de dichas armas. Es decir, nuevas reglas internacionales podrían generar una nueva narrativa sobre las armas nucleares y sobre los valores que se les han asignado hasta ahora. Por lo tanto, el régimen de prohibición de las armas nucleares no necesariamente terminará de manera automática con ellas; pero esas nuevas reglas llevarían al cuestionamiento sobre su naturaleza y sobre las consecuencias de su posesión y de su potencial uso. Ello podría modificar, en el mediano plazo, el valor que se les asigna y el prestigio que otorgan a sus poseedores, en términos de poder.

Para avanzar en esa dirección, fue fundamental la inclusión de la referencia a las catastróficas consecuencias humanitarias de cualquier uso de las ar-

¹⁴ Marín Bosch, Miguel, “Seis décadas de negociaciones multilaterales de desarme”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 75, julio-octubre de 2005, pp. 9-54.

¹⁵ Borrie, John, *op. cit.*

mas nucleares en el documento final de la conferencia de revisión del TNP de 2010,¹⁶ así como la afirmación de que es necesario que todos los Estados cumplan en todo momento con las normas aplicables de derecho internacional, incluidas las de DIH. La estigmatización de las armas nucleares dentro de las Naciones Unidas se consolidó en 2015, mediante la Resolución 70/50 de la Asamblea General.¹⁷ La Resolución (presentada por México, Irlanda, Austria y Sudáfrica) se basó en un cambio doctrinal de la Iglesia católica, con el cual se pasó de condenar el uso de estas armas a condenar su existencia misma.¹⁸ Dicha doctrina fue presentada en Viena, en 2014 por el papa Francisco durante la Conferencia sobre los efectos humanitarios de las armas nucleares. En ella, el papa manifestó que se debe modificar la visión de los efectos mortales de las armas nucleares a una que considere también su potencial de generar un sufrimiento innecesario para la humanidad.¹⁹ Con esta resolución, la Asamblea declaró que “dado su carácter indiscriminado y las posibilidades de aniquilamiento de la humanidad, las armas nucleares son inherentemente inmorales”.²⁰

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO MARCO PARA LA ESTIGMATIZACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES

El DIH es “un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de

¹⁶ Nystuen, Gro y Egeland, Kjøl, “A legal gap? Nuclear Weapons under International Law”, *Arms Control Today*, vol. 46, marzo 2016; disponible en: https://www.armscontrol.org/ACT/2016_03/Features/A-Legal-Gap-Nuclear-Weapons-Under-International-Law.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Imperativos éticos para un mundo libre de armas nucleares, A/RES/70/50, 7 de diciembre de 2015; disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/50>.

¹⁸ Lomónaco, Jorge, *op. cit.*

¹⁹ Papa Francisco, Mensaje del santo padre Francisco a la Conferencia sobre el impacto humanitario de las armas atómicas, 7 de diciembre de 2014, disponible en: https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/HINW14/HINW14_Message_from_His_Holiness_Pope_Francis.pdf.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Imperativos éticos..., *cit.*

combate”.²¹ El DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad; es decir, entre lo necesario para “vencer al enemigo” y lo que debe ser evitado para no generar sufrimiento innecesario en la población o en los combatientes. Algunos elementos relevantes del DIH para la estigmatización de las armas nucleares son los siguientes:

- El principio de distinción, que establece que solamente pueden ser objeto de ataques quienes participan en las hostilidades y en los objetivos militares. Por ende, no se puede atacar a la población civil, la cual deberá ser respetada en todo tiempo y circunstancia, siempre y cuando no participe directamente en las hostilidades.
- El principio de proporcionalidad, el cual exige que la afectación a bienes y personas civiles sea menor a la ventaja militar que se busca obtener. Cuando son atacados objetivos militares, se deben preservar lo más posible de daños incidentales a las personas civiles y a los bienes de carácter civil y, además, éstos no deben ser excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta esperada de cualquier ataque de esta índole.
- El principio de la prohibición de causar daños superfluos o sufrimiento innecesario, que tiene por finalidad prohibir las armas pensadas para ocasionar daños innecesarios, con el objetivo de dejar a los enemigos fuera de combate.

Si se entiende de tal manera al DIH, queda claro que la utilización, e incluso la amenaza del uso de un arma nuclear, atentarían contra sus principios en el contexto de una intervención armada o fuera de él. De hecho, los dirigentes del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) han reiterado que la eliminación y prohibición de las armas nucleares constituye un imperativo humanitario.²²

El CICR ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del DIH como disciplina y ha abanderado sus principios en la práctica. En los Convenios de Ginebra (1864) y en sus Protocolos Adicionales (1977) se le conferieron competencias internacionales en distintos ámbitos de la asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados. Esto se trata de un

²¹ Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, CICR, 2012, p. 27.

²² CICR, “Un día histórico...”, *cit.*

caso excepcional en el derecho internacional, pues tanto a los Estados parte como al CICR se les otorgan derechos y obligaciones, convirtiendo al CICR en un verdadero agente internacional de la aplicación y ejecución del DIH. Es así que el CICR custodia los principios de los Convenios de Ginebra, y se puede considerar que vela por su cumplimiento.

V. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y EL TPAN

Una de las expectativas que existen en torno a la entrada en vigor del TPAN es que, una vez en marcha, conforme obtenga más consenso político y más Estados se vuelvan parte de él, éste se pueda convertir en costumbre internacional. La costumbre, como fuente del derecho internacional, se cristaliza cuando existe una práctica generalizada y un consenso de los Estados sobre ciertas conductas (*opinio iuris*).²³ La práctica visible indica que ningún Estado busca ya hacer armas o armarse nuclearmente, más allá de los que ya están armados. La práctica generalizada sigue la misma tendencia de no tener ni producir este tipo de armas y de avanzar en el desarme. Para fines del reconocimiento de la norma, es relevante que el TPAN ya cuenta con más de cincuenta ratificaciones y que siga sumando más países.

Si bien el TPAN representa una obligación internacional de carácter contractual que impone prohibiciones sólo para sus Estados parte, la suma de más naciones de todas las regiones del mundo podría confirmar que las disposiciones del TPAN representan una norma de costumbre internacional; o sea, que las armas nucleares son ilegales, y, por lo tanto, poseerlas iría en contra del derecho internacional.

Los Estados poseedores de armas nucleares (EPAN) han argumentado que al no ser ellos parte del TPAN, tampoco estarían sujetos a una norma de costumbre internacional que eventualmente se pueda llegar a establecer a partir de la cristalización de la norma, dado que se han mantenido como “objetores persistentes”. Conforme a la teoría de Ian Brownlie,²⁴ un Estado objetor persistente es “un Estado que ha objetado persistentemente una

²³ Comisión de Derecho Internacional (CDI), Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, A/CN.4/682, 27 de marzo de 2015; disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/682>.

²⁴ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, 1998.

nueva norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta [sic] se encontraba en proceso de formación [por lo que] no está obligado por ella siempre que mantenga su objeción”.²⁵

Dicha postura confirmaría que la estrategia de estigmatización emprendida durante los últimos años por la Iniciativa Humanitaria funciona, y que no solamente deslegitimaría el uso de armas nucleares o la amenaza de su uso, sino también su mera posesión, que es justamente a lo que apunta el TPAN. Además, si algunos Estados que tienen actualmente emplazadas cabezas nucleares bajo el régimen de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) se adhieren al TPAN, en virtud de las obligaciones contraídas por este último tratado, tendrían que eliminar de sus territorios las ojivas nucleares que tuvieran. Para el caso de Estados Unidos, ello representaría una grave amenaza a la influencia que aún mantiene bajo el denominado “paraguas nuclear”.

Quizá todas esas posibilidades relacionadas con la entrada en vigor del TPAN motivaron que en octubre de 2020 —previo a la ratificación del TPAN por parte de Honduras (el Estado número cincuenta que ratificó el instrumento)—, la Misión de Estados Unidos ante la ONU enviara sendas notas diplomáticas a todas las misiones de los Estados parte del instrumento para solicitar que retiraran su firma o revocaran su ratificación. Conforme a la perspectiva de Estados Unidos, aquellos Estados que han ratificado el TPAN han cometido un “error estratégico” y, por ello, deberían de retirar su instrumento de ratificación.²⁶ Lo anterior sugiere que, de ser irrelevante el nuevo tratado, el gobierno de Estados Unidos no habría llevado a cabo esas gestiones diplomáticas.

En suma, si bien el TPAN únicamente generará obligaciones y establecerá prohibiciones contractuales a los Estados que lo ratifiquen, también es cierto que su entrada en vigor no es un elemento de menor o de segunda importancia para los Estados nucleares, tanto en términos de derecho internacional (costumbre internacional)²⁷ como en términos prácticos (alianzas nucleares en vigor).

²⁵ CDI, *cit.*, p. 75.

²⁶ Lederer, Edith M., “US Urges Countries to Withdraw from UN Nuclear Ban Treaty”, *AP News*, 21 de octubre de 2020, disponible en: <https://apnews.com/article/nuclear-weapons-disarmament-latin-america-united-nations-gun-politics-4f109626a1cdd6db10560550aa1bb491>.

²⁷ Vale la pena recordar que en 2014 las Islas Marshall presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una denuncia en contra de nueve países poseedores de armas nucleares

VI. LA INICIATIVA HUMANITARIA

El camino de la Iniciativa Humanitaria tiene algunos antecedentes que vale la pena repasar. En 1996, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a solicitud de la Asamblea General, emitió la opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares. Esta opinión marcó un antecedente relevante en materia de desarme nuclear y su vinculación con el DIH. Los jueces concluyeron que “la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y, en particular, a los principios y las normas del DIH”.²⁸ Aunque existieron posturas divididas entre los jueces de la Corte respecto a la legalidad de la amenaza del uso de las armas nucleares, los catorce jueces fueron unánimes en la cuestión de que “existe la obligación de proseguir de buena fe y llevar a su conclusión las negociaciones con miras al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y efectivo”.²⁹ En la opinión de la CIJ “quedó pendiente la cuestión de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado. Por ende, la Corte no interpretó que el DIH prohibiera categóricamente el empleo de armas nucleares”.³⁰

Después, la Conferencia de revisión del TNP de 2000 elaboró y adoptó por consenso un plan ambicioso de desarme denominado “13 pasos prácticos relacionados con la no proliferación y el desarme”, que contemplaba,

debido al incumplimiento de sus obligaciones en materia de desarme, así como por los daños causados a través de los ensayos nucleares. En 2016 la CIJ deseó la demanda por estimar que no existía controversia. Sin embargo, el tema es relevante, porque los Estados pueden continuar consultando a la Corte en asuntos que, eventualmente, podrían considerarse violatorios del derecho internacional bajo la costumbre internacional. Véase Souza Schmitz, Maitê de, “Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Arms Race Case”, *Harvard International Law Journal*, noviembre de 2016, disponible en: <https://harvardilj.org/2016/11/decision-of-the-international-court-of-justice-in-the-nuclear-arms-race-case/>.

²⁸ Corte Internacional de Justicia (CIJ), opinión consultiva del 8 de julio de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 1996, disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>.

²⁹ *Idem*.

³⁰ CICR, Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017, Ginebra, CICR, 2021, disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/tratado-sobre-la-prohibicion-de-las-armas-nucleares-de-2017>.

entre otros asuntos, la ratificación del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (TPCEN), la negociación de un tratado sobre materiales físis y la mejora de los mecanismos de verificación nuclear. El documento sentó un precedente de lenguaje acordado en materia nuclear, pero no se puso en práctica.

La conferencia de revisión del TNP de 2005 finalizó sin la adopción de un documento de conclusiones, lo que representó una llamada de atención para la comunidad internacional sobre el estancamiento del régimen de prohibición nuclear. De dicha situación resultó que la Asociación Internacional de Médicos para la Prevención de la Guerra Nuclear, reunida en Helsinki en 2006, creara la Campaña Internacional para Abolir las Armas Nucleares (ICAN, por sus siglas en inglés).³¹

En 2009 se empezó a gestar un nuevo instrumento distinto al que fuera hasta entonces propuesto por Costa Rica y Malasia a raíz de la campaña ICAN para adoptar una convención sobre armas nucleares. Algunos integrantes de ICAN pensaron entonces en crear un texto más simple, cuyo eje central fuera establecer la noción de que el uso de las armas nucleares constituye un crimen contra la humanidad. En abril de 2010 el CICR se involucró en el tema, buscando que ahondara en cuestiones humanitarias y asumiendo un rol central en la construcción de un nuevo marco legal que se alejara de doctrinas militares y del poder político.³²

Gracias al apoyo de varias delegaciones fue posible que el documento final de la conferencia de examen del TNP de 2010 incluyera en su texto el reconocimiento de las “catastróficas consecuencias humanitarias de cualquier uso de las armas nucleares”,³³ lo cual constituyó el antecedente fundamental para la posterior elaboración del TPN. Mediante el documento final de 2010 se afirmó la necesidad de que todos los Estados cumplan en todo momento con las normas aplicables de derecho internacional, incluyendo las de DIH.

³¹ Davis Gibbons, Rebecca, “The Humanitarian Turn in Nuclear Disarmament and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, *The Nonproliferation Review*, vol. 25, núm. 1-2, 2018, pp. 11-36, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10736700.2018.1486960>.

³² Kellenberger, Jakob, “Bringing the Era of Nuclear Weapons to an End”, 20 de abril de 2010, disponible en: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/nuclear-weapons-statement-200410.htm>.

³³ Nystuen, Gro y Egeland, Kjøl, *op. cit.*

Como parte de este proceso, en 2012 nació la iniciativa Impacto Humanitario de las Armas Nucleares, mejor conocida como Iniciativa Humanitaria. En principio, se trató de un grupo de dieciséis países no nucleares (impulsados por Suiza y Noruega) que, aliados con organizaciones de la sociedad civil y con la academia, se enfocaron en la negociación de un acuerdo multilateral en el seno de la Asamblea General de la ONU.³⁴ De esta manera, la Iniciativa Humanitaria buscaría un verdadero camino alternativo al desarme, el cual estuviera armonizado con el TNP y trabajando con dos premisas puntuales: primero, “las armas nucleares no deben ser empleadas bajo ninguna circunstancia, y segundo, la única forma de garantizar la eliminación del riesgo de una detonación de arma nuclear es mediante su total eliminación”.³⁵ Fue así como nació un nuevo paradigma en materia de desarme nuclear.

Noruega, México y Austria, tres países promotores del desarme, jugaron un importante papel en la consolidación de la Iniciativa Humanitaria, mediante la organización de tres conferencias sobre los efectos humanitarios de las armas nucleares, conocidas comúnmente como las Conferencias Humanitarias.

La primera conferencia fue anunciada por Jonas Gahr Store, ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, en abril de 2012, y se llevó a cabo en Oslo en marzo de 2013. A la conferencia asistieron 120 países, y el gobierno noruego solicitó a la ICAN coorganizar el evento como contraparte representante de la sociedad civil.³⁶ De acuerdo con información del Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega,³⁷ al interior del gobierno habían existido debates en torno a si los asuntos de desarme nuclear deberían continuar siendo discutidos en el seno del TNP y de la Asamblea General de la ONU o si se deberían de sacar de esos espacios. Con base en la experiencia previa de la Convención sobre Municiones en Racimo, el gobierno noruego determinó que las armas nucleares se encontraban envueltas en una serie de preconcepciones anacrónicas que durante años habían dejado de ser cuestionadas. Por lo tanto, se decidió que uno de los objetivos centrales de la conferencia debería ser cuestionar esos enfoques. En la conferencia se presentaron investigaciones sobre los efectos de una detonación nuclear en la salud, el medio ambiente, la economía, la alimentación y el desarrollo,

³⁴ Davis Gibbons, Rebecca, *op. cit.*

³⁵ Lomónaco, Jorge. *op. cit.*, p. 87.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Egeland, Kjøl, *op. cit.*

entre otros estudios que evidenciaron los devastadores efectos humanitarios de las armas nucleares.³⁸

La intención original del gobierno noruego no era que la conferencia detonara una discusión vinculada con un tratado en materia de prohibición de armas nucleares, sino que se abriera el espacio de discusión temática en materia humanitaria. A pesar de ello, el espacio fue aprovechado por México para anunciar, al finalizar la conferencia, que hospedaría una segunda conferencia en Nayarit al siguiente año.

En la Conferencia de Oslo no participaron los cinco Estados nucleares; incluso emitieron una declaración conjunta, en la que enfatizaron que entendían las serias consecuencias del uso de las armas nucleares, pero que su preocupación consistía en que la Conferencia de Oslo desviara la atención del debate en materia de desarme, para lo cual argüían que su enfoque de llevar un proceso paso a paso había probado ser la mejor estrategia para incrementar la estabilidad y para reducir los peligros nucleares.³⁹ A pesar de la ausencia de los EPAN, la conferencia fue considerada un logro importante tanto por varios gobiernos como por la sociedad civil y la academia que participó.⁴⁰

La conferencia en Nayarit (México) se celebró en febrero de 2014. Previo a la conferencia se llevaron a cabo diversos encuentros informales en los que participaron miembros de ICAN, el CICR, otras organizaciones de la sociedad civil y diplomáticos en su capacidad individual. A estas reuniones se les conoce como las Reuniones de Berkshire.⁴¹

Asimismo, en la Conferencia de Nayarit participaron 148 países. Y al igual que en Oslo, las discusiones se centraron en los potenciales riesgos de una explosión nuclear, pero también en el creciente riesgo de los accidentes nucleares.

En Nayarit hubo una participación activa de las delegaciones estatales, quienes consideraron la relevancia de atender la amenaza que supone la existencia de las armas nucleares. El embajador Juan Manuel Gómez Robledo, entonces subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, invitó a llevar a cabo un “proceso diplomático” que buscara la creación de un instrumento

³⁸ *Idem.*

³⁹ Davis Gibbons, Rebecca, *op. cit.*

⁴⁰ Egeland, Kjølsv, *op. cit.*

⁴¹ Davis Gibbons, Rebecca, *op. cit.*

jurídicamente vinculante, lo que generó posiciones encontradas entre las delegaciones participantes: algunas compartían la visión de México sobre la urgente necesidad de elaborar un instrumento que prohibiera las armas nucleares; en cambio, otras argumentaban que las discusiones debían continuar dentro del TNP, manteniendo un diálogo constante con los EPAN.⁴² A pesar de las opiniones encontradas, no cabe duda de que Nayarit fue un punto de no retorno para avanzar en la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante y para consolidar la Iniciativa Humanitaria, la cual tendría ese objetivo como su tarea principal.

Austria hospedó la tercera conferencia en Viena en diciembre de 2014, a la que asistieron 158 países.⁴³ La conferencia fue inaugurada por Sebastian Kurz (ministro del Exterior de Austria), el secretario general de la ONU y el presidente del CICR. Además, el papa Francisco dirigió un discurso a la audiencia, en el que señalaba el debate sobre la cuestión moral de las armas nucleares. Durante las sesiones se presentaron estudios sobre las consecuencias a largo plazo de la explosión de las armas nucleares, el impacto de los ensayos nucleares y los riesgos inherentes a dichas armas.

De acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Austria,⁴⁴ al finalizar la conferencia fue evidente que las consecuencias humanitarias y los riesgos asociados con las armas nucleares son mucho más serios de lo que anteriormente se había asumido, derivado de las aportaciones científicas y las discusiones que se presentaron en este espacio.

En ese contexto, se adoptó el documento denominado “La promesa humanitaria”, conocido originalmente como Austrian Pledge,⁴⁵ en el cual se exhorta a la comunidad internacional a identificar y generar medidas efectivas para cerrar la brecha legal existente para la prohibición y eliminación de las armas nucleares, así como para trabajar en torno a la estigmatización, prohibición y eliminación de esas armas. El documento ha sido

⁴² Lomónaco, Jorge, *op. cit.*

⁴³ Williams, Heather *et al.*, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative: The “Big Tent” in Disarmament*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 2015, disponible en: https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150331nuclear.pdf.

⁴⁴ Ministerio de Asuntos Exteriores de Austria, Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, Bad Vöslau, Ministerio de Asuntos Exteriores de Austria, 2014, disponible en: <https://www.bmeia.gv.at/en/european-foreign-policy/disarmament/weapons-of-mass-destruction/nuclear-weapons/vienna-conference-on-the-humanitarian-impact-of-nuclear-weapons/>.

⁴⁵ *Idem.*

endosado por 127 países, lo que convirtió los resultados de las tres conferencias humanitarias en compromisos políticos para construir mecanismos legales que hagan frente a la amenaza de las armas nucleares mediante su prohibición.⁴⁶

Es importante señalar que de acuerdo con información de fuentes diplomáticas, Estados Unidos buscó participar como parte de los preparativos de la Conferencia de Nayarit, sin que su propuesta prosperara.⁴⁷ Por tal motivo, para la Conferencia de Viena existió un amplio debate al interior del gobierno austriaco entre quienes consideraban que era importante su participación y quienes creían que se trataba de una iniciativa principalmente política para discutir la generación de un documento de prohibición de las armas nucleares. Al fin, Estados Unidos participó en la conferencia, al igual que Reino Unido, India y Pakistán —estos dos últimos países también habían participado en las dos primeras conferencias—, mientras que China envió a un representante no oficial.

De acuerdo con participantes de la conferencia,⁴⁸ el discurso oficial de Estados Unidos se manifestaba en contra de la creación de un documento jurídicamente vinculante que prohibiera las armas nucleares y subrayaba los esfuerzos de su país por reducir el tamaño de sus arsenales. El discurso fue pronunciado en un segmento incorrecto, justo cuando se habían escuchado los testimonios de víctimas de ensayos nucleares en Estados Unidos, situación que generó molestia por parte de muchos de los participantes, y que, por otro lado, dejó en claro que ese país quizá no debió haber participado en la conferencia. Esta situación también evidenció que la narrativa de seguridad internacional utilizada por los Estados nucleares no se modificaría si no se trataba de un cambio de paradigma.

Desde sus inicios, la Iniciativa reunió a un grupo de participantes, incluidos países con armas nucleares como India y Pakistán, así como a países que históricamente han jugado un papel importante en materia de desarme y no proliferación, como Austria, Noruega, Suiza, Irlanda, Nueva Zelanda y México. Aprovechando ese *momentum*, un grupo de países —liderados por México y Austria— establecieron, a través de la Asamblea General, dos grupos de trabajo de composición abierta que sesionaron, de

⁴⁶ Davis Gibbons, Rebecca. *op. cit.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Ubeda, Gioconda, “Entrevista de la autora a la embajadora Gioconda Ubuda en Buenos Aires”, junio de 2018.

manera paralela entre 2013 y 2016 en Ginebra, para abordar los avances en las negociaciones multilaterales de desarme nuclear.⁴⁹

Luego, la Iniciativa Humanitaria participó activamente en sesiones de la Asamblea General, así como en las conferencias preparatorias del TNP. De igual forma, se fomentó la vinculación con las organizaciones de la sociedad civil, de la academia y de *think tanks*. Junto con la Iniciativa Humanitaria, también creció el movimiento ICAN, que ha contribuido a la concientización sobre la urgencia de prohibir las armas nucleares. La campaña ICAN incluso fue laureada con el Premio Nobel de la Paz en 2017 por sus contribuciones a la paz mundial, premio que contribuyó a un renacer en las discusiones internacionales en materia de desarme nuclear.

Las Conferencias Humanitarias representaron un parteaguas en el proceso diplomático en torno al desarme nuclear. Hasta ese momento, la agenda nuclear estaba centrada en el seno del TNP, dentro de la primera comisión de la Asamblea General o dentro de la paralizada Conferencia de Desarme. Las Conferencias Humanitarias lograron sacar el debate en torno al desarme nuclear de esos espacios e involucrar a actores no estatales relevantes. Este proceso logró visibilizar que la amenaza de las armas nucleares es equiparable a la amenaza en materia de cambio climático, por lo que es urgente tomar acción.

El resultado de este largo y complejo proceso fue la aprobación del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, el 7 de julio de 2017, con 122 votos a favor, una abstención (Singapur) y un voto en contra (Países Bajos),⁵⁰ en el marco de la conferencia para negociar un instrumento legalmente vinculante encaminado a la eliminación total de las armas nucleares.

En octubre de 2020, luego de una intensa campaña de promoción del tratado, Honduras se convirtió en el país número cincuenta en ratificarlo, con lo cual se reunió el número mínimo de Estados parte requeridos para que el tratado entre en vigor. Conforme a su artículo 15, el TPAN entraría en vigor noventa días después de que fuera depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación; es decir, el 22 de enero de 2021. A la fecha de entrada en vigor del tratado, 52 países ya lo habían ratificado.⁵¹

⁴⁹ Lomónaco, Jorge, *op. cit.*

⁵⁰ Campaña Internacional para Abolir las Armas Nucleares (ICAN), “Positions on the Treaty”, 2018, disponible en: <http://www.icanw.org/why-a-ban/positions/>.

⁵¹ El TPAN cuenta con 56 Estados parte y con 86 Estados signatarios al 4 de octubre de 2021. Para más información véase UNODA, “Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, 2018, disponible en: <https://treaties.unoda.org/t/tpnw>.

VII. ANÁLISIS DEL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES

El objetivo central del TPAN es la eliminación total de las armas nucleares. Éste se basa en la premisa manifestada en el documento final de la conferencia de revisión del TNP de 2010, que reconoce las catastróficas consecuencias humanitarias de cualquier uso de las armas nucleares.⁵² Otra de las premisas del TPAN es que una guerra nuclear afectaría a todos los países, inclusive a Estados no nucleares, y, por ende, todos tienen el mismo derecho para diseñar estrategias e instrumentos tendientes a evitar una catástrofe humanitaria derivada del uso de las armas nucleares. El objetivo del TPAN no es sustituir otros instrumentos o mecanismos de desarme nuclear previamente establecidos, sino complementar el régimen internacional en la materia, con el fin de ayudar a generar las condiciones normativas que permitan alcanzar los objetivos de desarme en el futuro.⁵³

Respecto a la estructura del TPAN, éste contiene un preámbulo, siete artículos sustantivos y trece relacionados con aspectos técnicos y organizacionales. A continuación, se analizarán algunos de los artículos más relevantes para este estudio.

1. Artículo 1o. Prohibiciones

Los incisos (a), (b) y (c) del artículo 1o. establecen el elemento relativo al desarme. El primero de ellos, el inciso (a), especifica que ningún Estado parte deberá, bajo ninguna circunstancia, desarrollar, ensayar, producir, manufacturar, adquirir o almacenar armas nucleares u otros dispositivos de explosión nuclear. Por su parte, el inciso (b) prohíbe todo tipo de transferencia de armas nucleares, y el (c) el recibir transferencias de estas armas. Aunque las obligaciones contenidas en este artículo se duplican para los Estados parte del tratado —en relación con las asumidas mediante el

⁵² Davis Gibbons, Rebecca, *op. cit.*

⁵³ Nystuen, Gro *et al.*, *The TPNW and its implications for Norway*, Oslo, Norwegian Academy of International Law, 2018, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/335834495_The_TPNW_and_its_implications_for_Norway.

TNP—, el aspecto novedoso del TPAN es que también incluye una prohibición del “desarrollo” de estas armas. Esta prohibición alude al posible involucramiento en el desarrollo de las etapas previas a la manufactura de un arma nuclear.

En este artículo también se prohíbe el uso o la amenaza del uso de las armas nucleares y de otros dispositivos de explosión nuclear (inciso d), lo cual está en línea con el artículo 2o., párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con Nystuen,⁵⁴ esta disposición representa un elemento novedoso en términos del DIH, ya que por primera vez se prohíbe el uso o la amenaza del uso de las armas nucleares bajo cualquier circunstancia, aun si se trata de una circunstancia de hostilidad o de guerra. La prohibición en este caso ubica, por primera vez, a las armas nucleares en el mismo lugar que las armas biológicas y químicas.

El inciso (e) de este artículo obliga a las partes a nunca, y bajo ninguna circunstancia, “ayudar, alentar o inducir de cualquier manera a nadie a realizar cualquier actividad prohibida a los Estados parte”.⁵⁵ La frase “ayudar, alentar o inducir” está contenida también en el TNP y fue posteriormente incluida en la Convención sobre las Armas Químicas y en el Tratado de Ottawa.

Por último, el inciso (f) prohíbe a los Estados parte, solicitar o recibir ayuda para realizar cualquier actividad prohibida por el TPAN, mientras que el (g) prohíbe el emplazamiento, la instalación o el despliegue de armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control. Esta forma de redacción del texto es amplia y busca cubrir todas las formas de presencia física de las armas nucleares y de otros dispositivos, ya sea en el corto o en el largo plazo.

2. Artículo 3o. Salvaguardias

Este artículo obliga a los Estados parte a celebrar un acuerdo de salvaguardias con el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), en caso de no haberlo hecho antes. Los acuerdos de salvaguardias permiten al OIEA llevar un control sobre la actividad nuclear de los países, con el fin de

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ UNODA, *op. cit.*

garantizar que ésta no se utilice con fines militares. Mediante este artículo, los Estados aceptan mantener los acuerdos que ya tengan en materia de salvaguardias, independientemente de que se celebren acuerdos adicionales, lo cual implica que mediante el TPAN se refuerzan las disposiciones en materia de salvaguardias contenidas en el TNP.

3. *Artículo 4o. Hacia la eliminación total de las armas nucleares*

Este artículo compromete a los Estados parte que posean armas nucleares para alcanzar el desarme. Dichos Estados deben poner de inmediato sus armas nucleares y explosivos fuera de estado operativo y destruir sus armas nucleares, así como eliminar sus programas nucleares de acuerdo con un plan desarrollado en conjunto con las partes del TPAN. Además, se dispone que cualquier Estado parte que tenga armas nucleares o cualquier dispositivo de explosión nuclear, ya sea en su territorio o bajo su jurisdicción, deberá velar por la rápida remoción de esas armas.

4. *Obligaciones positivas dentro del tratado*

Los artículos 6o. y 7o. tratan sobre la asistencia a víctimas y la restauración del medio ambiente, así como sobre la cooperación y la asistencia internacionales. Los Estados parte se comprometen a proporcionar la asistencia adecuada que requieran las víctimas del uso o ensayo de armas nucleares, tomando en cuenta las necesidades que puedan tener relacionadas con su edad y su género, a la luz de los principios del DIH y de los derechos humanos aplicables.

5. *Obligaciones en materia de desarme*

El artículo 4o. del TPAN obliga a los Estados nucleares a “poner inmediatamente fuera de estado operativo las armas u otros dispositivos explosivos nucleares”, y señala que éstos

...los destruirá lo antes posible, pero a más tardar en un plazo que determinará la primera reunión de los Estados parte, de conformidad con un plan jurídicamente vinculante y con plazos concretos para la eliminación verificada e irreversible del programa de armas nucleares de ese Estado parte, incluida la eliminación o conversión irreversible de todas las instalaciones relacionadas con armas nucleares.⁵⁶

Esta obligación es mucho más precisa que la contenida en el artículo VI del TNP.

Asimismo, los promotores del TPAN han considerado que esta disposición subsana de alguna manera la obligación contenida en el artículo VI del TNP. Gioconda Ubeda, embajadora de Costa Rica que participó en la delegación que presidió la conferencia de elaboración del TPAN, argumenta que

...lo que se buscó durante el proceso de negociación del texto del tratado fue generar un marco legal lo suficientemente flexible para que cada Estado nuclear pudiera acordar un plan de desarme, conforme a sus necesidades, pero mediante el cual se establecieran fechas específicas y metas realistas para el desarme nuclear, a diferencia de lo que pasa con el TNP.⁵⁷

En ese sentido, la embajadora Ubeda considera que una fortaleza del instrumento es el hecho de que el TPAN deje el camino abierto para que cada Estado nuclear defina la manera y el periodo en que se desarmará, lo cual también está en línea con lo dispuesto en el artículo sexto del TNP. Esta formulación busca ser un incentivo para lograr que los EPAN se sumen como Estados parte y, con ello, el TPAN pueda alcanzar eventualmente un carácter universal.

Aunque los representantes de los EPAN y sus aliados no converjan con esta visión, la redacción del artículo VI del TNP deja el camino libre a una iniciativa como el TPAN, ya que se deja abierta la negociación acerca de la manera y los plazos para alcanzar el desarme y, por tanto, para cumplir con esa obligación. En el proceso de negociación del TPAN, la delegación sueca argumentó, por ejemplo, que, dado que el TNP llama a la celebración de negociaciones de buena fe en materia de desarme, no atender esa obligación resulta en sí mismo inconsistente con el objetivo del propio TNP.⁵⁸

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Ubeda, Gioconda, *op. cit.*

⁵⁸ Nystuen, Gro, *op. cit.*

VIII. PRINCIPALES CRÍTICAS AL TPAN

La oposición de los EPAN al tratado es tan grande que no existe una perspectiva realista de que, eventualmente, puedan convertirse en Estados parte. Aunque no existe una posición unificada en torno al TPAN por parte de los Estados nucleares, es importante revisar de manera breve sus distintos puntos de vista.

Rusia es, quizá, el Estado que más se opone al tratado, en el marco de una creciente tensión con Occidente.⁵⁹ Las armas nucleares son consideradas críticas para la política de seguridad rusa y para su capacidad de influencia mundial, por lo que carecer de ellas no es una opción en el futuro cercano. La opinión pública en Rusia apoya con fuerza su estatus de potencia nuclear.

En la actualidad, Estados Unidos es el Estado que de manera más clara se ha pronunciado en contra del tratado, pues considera que éste atenta contra las iniciativas existentes en materia de desarme sin brindar una alternativa realista. Su postura profundiza la oposición entre los Estados nucleares y los no nucleares.⁶⁰

Francia y Reino Unido tienen posturas similares, ya que aunque se han pronunciado en contra del tratado, han manifestado su interés en encontrar mecanismos más eficientes para lograr la reducción de los arsenales nucleares.⁶¹ Además, varios de sus aliados son importantes promotores de la iniciativa.

De acuerdo con Wang y Zhao,⁶² de entre los Estados nucleares, China es el país que menos fuertemente se opone al TPAN. Por ejemplo, fue el único Estado nuclear que no votó en contra de las negociaciones del TPAN en la Asamblea General —aunque ello no debe ser interpretado como un guiño

⁵⁹ Sokov, Nikolai, “Russia and the Nuclear Ban Treaty”, en Shetty, Shatabhisha y Raynova, Denitsa (eds.), *Breakthrough or Breakpoint? Global Perspectives on the Nuclear Ban Treaty*, Londres, European Leadership Network, 2017, pp. 12-17, disponible en: <https://www.europeanleadershipnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/ELN-Global-Perspectives-on-the-Nuclear-Ban-Treaty-December-2017-1.pdf>.

⁶⁰ Kimball, Daryl G., “The United States and the Nuclear Ban Treaty”, en Shetty, Shatabhisha y Raynova, Denitsa (eds.), *cit.*, pp. 6-11.

⁶¹ Schulte, Paul, “The UK, France and the Nuclear Ban Treaty”, en Shetty, Shatabhisha y Raynova, Denitsa (eds.), *cit.*, pp. 18-25.

⁶² Wang, Raymond y Zhao, Tong, “China and the Nuclear Ban Treaty”, en Shetty, Shatabhisha y Raynova, Denitsa (eds.), *cit.*, pp. 26-31.

en pro del tratado—. No obstante, a pesar de que se ha manifestado a favor de una iniciativa de prohibición de las armas nucleares, le es imposible adherirse al tratado, dado que las armas nucleares juegan un importante papel en su política de seguridad y en su doctrina militar.

Desde la perspectiva de sus críticos, la principal debilidad del TPN es que mantiene a los Estados nucleares fuera de la discusión, lo que lo convierte en un tratado de “desarme entre los desarmados”. Esta dicotomía ha polarizado las posiciones de aquellos países no nucleares que argumentan que el desarme nuclear total es urgente y que, en caso de no poder continuar avanzando en la materia en el marco del TNP, se debe hacer fuera de él. Igualmente, ha polarizado la postura de aquellos países nucleares o no nucleares que consideran que se debe continuar el debate de desarme dentro del TNP, piedra angular del régimen de no proliferación.

Algunos críticos han manifestado que las negociaciones en materia de desarme se deben llevar a cabo únicamente en el seno del TNP. Sin embargo, el propio texto del tratado no lo solicita de tal manera. Para ellos, las conferencias de revisión del TNP existen para examinar el grado de avance en la implementación del tratado, pero no para negociar nuevos instrumentos o para “celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional”,⁶³ lo cual es lo que establece el artículo VI del TNP. Más aún, el sugerir que la prohibición de las armas nucleares solamente será posible cuando éstas dejen de existir, sería inconsistente con la historia de los procesos de desarme de otras armas no convencionales (como las químicas y las biológicas) o de armamento convencional (como las minas antipersonales o las municiones en racimo).

Respecto a la Iniciativa Humanitaria, Egeland⁶⁴ señala que los revisionistas consideran que ésta no tenía como objetivo inicial el prohibir las armas nucleares, sino que fue secuestrada por organizaciones radicales que tenían como principal objetivo avergonzar a las potencias nucleares y desacreditar al TNP. A partir de una postura en la que se entiende al TPN como una manifestación de “frustración” en torno a la falta de avances en el proceso de desarme en otros foros, varios observadores han catalogado

⁶³ Tratado sobre la no Proliferación..., *cit.*

⁶⁴ Egeland, Kjøl, *op. cit.*

al TPAN como un instrumento irracional que contiene una “explosión de emociones”.⁶⁵

Los más pesimistas argumentan que imponer nuevas obligaciones internacionales a aquellos Estados ya comprometidos con el desarme —es decir, países que forman parte del TNP, del TPCEN o de otros instrumentos regionales similares— podría desalentar los esfuerzos de éstos a largo plazo. De igual forma, aseguran que mientras los Estados nucleares no participen en una negociación sobre la prohibición nuclear total, cualquier esfuerzo periférico sería infructuoso. De hecho, los críticos acérrimos al tratado creen que la lógica del TPAN asume que el progreso en el control de las armas puede ser alcanzado sin incluir a los actores clave y sin contar con esfuerzos dirigidos a atender asuntos de la agenda de seguridad primordiales, ya que dicha lógica considera que éste se podría alcanzar con la estigmatización (demonización) de aquellos actores que difieran con el enfoque adoptado por el TPAN para resolver el problema.⁶⁶

Como lo expone Ritchie,⁶⁷ muchos de los argumentos en contra del TPAN reflejan el limitado entendimiento del propósito tanto del tratado como de la Iniciativa Humanitaria. Para sus creadores, es claro que los efectos del tratado serán indirectos y de largo plazo, y, por lo tanto, no lo consideran la panacea en materia de desarme. Sus promotores entienden que esta iniciativa no sólo va en contra de los intereses de las grandes potencias en materia de seguridad y de prestigio militar, sino también en términos económicos de la industria nuclear.

IX. LECCIONES APRENDIDAS DEL PROCESO DE CREACIÓN DEL TPAN

Una vez revisado el contenido del tratado, así como los antecedentes que le dieron origen, queda claro que su objetivo ulterior no es el tratado en sí, sino modificar la narrativa y el paradigma de seguridad internacional tradicional. Uno de los mayores logros tanto del TPAN como de la Iniciativa

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Ford, Christopher A., “Whither a Middle East WMD Free Zone?”, 2019, disponible en: <https://www.state.gov/whither-a-middle-east-wmd-free-zone/>.

⁶⁷ Ritchie, Nick, “A Hegemonic Nuclear Order: Understanding the Ban Treaty and the Power Politics of Nuclear Weapons”, *Contemporary Security Policy*, vol. 40, núm. 4, 2019, pp. 409-434.

Humanitaria y del movimiento ICAN es que se trasladó el debate sobre las armas nucleares y la disuasión nuclear del terreno de la seguridad militar estatocéntrica y patriarcal⁶⁸ a un paradigma de seguridad humana que toca temas de derechos humanos, medio ambiente, justicia, desarrollo humano y la agenda social. La Iniciativa Humanitaria rebate la existencia de las armas nucleares y la práctica de la disuasión nuclear a la luz de los principios del DIH, con lo cual se revela que el paradigma de seguridad internacional debe ser modificado. Al hacerlo, la Iniciativa no solamente califica a las armas nucleares como ilegales, sino también como ilegítimas. Además, juzga el desarme como un imperativo en materia de seguridad, lo que amplía el debate en torno a la seguridad internacional a un plano de seguridad transnacional colectiva y de seguridad humana. En ese contexto, el paradigma tradicional de seguridad resulta insuficiente ante los retos globales actuales y ofrece pocas alternativas para entender y hacer frente a la realidad del siglo XXI desde el plano multilateral.

Los promotores del tratado lo conciben como una respuesta racional a la acumulada evidencia en torno a las consecuencias humanitarias y medioambientales, así como a los crecientes impactos de las detonaciones nucleares. La potencia de estas armas hace que los daños incidentales ocasionados por su uso sean excesivos, por lo que operan en contra del principio de proporcionalidad del DIH. Igualmente, el daño excesivo y el sufrimiento innecesario que ocasionan las hacen incompatibles con el principio de prohibición. Así, los promotores del TPN lo ofrecen como un medio razonable para fortalecer tanto las normas de DIH como las de desarme y no proliferación nuclear.

⁶⁸ Ritchie y Egeland ahondan sobre este tema con su tesis acerca de la “diplomacia de la resistencia”, la cual explora las maneras en que el género se conecta con la diplomacia del desarme. Desde una perspectiva de género, la Iniciativa Humanitaria ha cuestionado la tradicional agenda de seguridad y de doctrina militar diseñada con un enfoque patriarcal, para transitar hacia una agenda de desarme incluyente que considera a las mujeres como agentes y al feminismo como guía. En los foros diplomáticos, las mujeres y la agenda de género han tomado cada vez un papel más protagónico (por ejemplo, en la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas). Además, la participación de las mujeres ha aumentado significativamente en los paneles de personas expertas y en las propias delegaciones de los Estados que discuten la agenda nuclear. Véase Ritchie, Nick y Egeland, Kjøl, “The Diplomacy of Resistance: Power, Hegemony and Nuclear Disarmament”, *Global Change, Peace & Security*, vol. 30, núm. 2, 2018, pp. 121-141, disponible en: http://eprints.whiterose.ac.uk/135807/1/PDF_Proof_of_Kjolv_resistances_article.pdf.

Se puede decir que la adopción del tratado se dio como resultado de la conjunción de diversos factores que coincidieron, como:

- Una coalición de países aliados del desarme;
- La participación de la sociedad civil organizada;
- El compromiso de un grupo de diplomáticos trabajando en conjunto con activistas del desarme;
- La frustración generada por décadas de parálisis en la agenda de desarme nuclear, y
- El *momentum* marcado por la administración de Barak Obama en Estados Unidos y su llamado a un mundo “libre de armas nucleares”.

X. CONCLUSIONES

Este ensayo describió el proceso diplomático que dio origen al Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares. A la luz de las experiencias y argumentos en torno al surgimiento y negociación del tratado, así como sus objetivos en el corto, mediano y largo plazo, se puede considerar que el TPN será una herramienta valiosa para fortalecer y complementar el andamiaje jurídico vigente en materia de desarme, y podría, en el mediano plazo, de-tonar un verdadero proceso de desarme nuclear.

El proceso diplomático, liderado por Estados no nucleares en asociación con organizaciones de la sociedad civil, que llevó a la creación de un tratado de prohibición de armas nucleares en el seno de la Asamblea General de la ONU, en sí mismo, sienta un precedente sumamente importante para el futuro de la normativa internacional en materia de desarme. Este logro significa que ya no solamente es posible adoptar instrumentos por consenso o en el seno de órganos controlados por los Estados nucleares (como el Consejo de Seguridad de la ONU o la Conferencia de Desarme), sino que también es posible a través de foros en los que los Estados participan en pie de igualdad (como la Asamblea General). Si bien es verdad que la sola entrada en vigor del tratado no puede ser vista como una panacea, en términos procedimentales materializa un logro importante para la comunidad internacional.

El papel que juegan las armas nucleares en las doctrinas militares de los Estados nucleares y en la agenda de seguridad internacional sigue siendo

central. Asimismo, la industria y los intereses económicos en torno a su preservación y modernización no deben ser ignorados. Es cierto que, como los detractores del tratado indican, mientras los Estados nucleares y sus aliados no se sumen al TPAN, la nueva norma jurídica creada sólo constituye, por ahora, un elemento de peso más simbólico que práctico. Sin embargo, ello no elimina el hecho de que la creación, adopción y entrada en vigor del tratado derivó de una estrategia diplomática compleja, inclusiva y con miras a consolidar uno de los principales objetivos de la ONU: promover la paz y la seguridad internacionales.

En este artículo se argumentó sobre la posibilidad de que el TPAN siga un camino paralelo a los emprendidos por los promotores de la prohibición de las minas antipersonales y de las municiones en racimo, con la lógica de que los efectos causados por las armas nucleares son inhumanos, desproporcionados y causan sufrimiento excesivo, y, por lo tanto, son contrarios al DIH. Desde la perspectiva humanitaria, se considera que será la nueva narrativa en torno al desarme nuclear —que estigmatiza las armas nucleares, las deslegitima y las hace moral y legalmente inaceptables— lo que, en el mediano plazo, podría detonar el proceso de desarme nuclear. Se considera que la percepción sobre un tema es lo que, efectivamente, puede influir en la manera en cómo esta problemática se aborda desde lo normativo.

En ese sentido, la Iniciativa Humanitaria constituyó un ejercicio sin precedentes en materia de desarme nuclear y de negociación multilateral. El compromiso mostrado por diplomáticos provenientes de Estados que están a favor del desarme, así como por el CICR, representantes de la sociedad civil, activistas, académicos y líderes políticos, fue clave para lograr no solamente la negociación de un instrumento jurídicamente vinculante en el seno de la Asamblea General de la ONU, sino también para lograr su entrada en vigor. Por lo anterior, se considera que, a través de la diplomacia multilateral, es posible generar nuevas normas encaminadas a los grandes objetivos en la agenda de seguridad internacional, particularmente a la luz de la parálisis de los foros internacionales en materia de desarme. En este caso, se creó una nueva narrativa en torno al desarme nuclear vinculada a una nueva norma jurídica, lo que en sí representa un logro sin precedentes.

Se considera que una de las grandes contribuciones de la Iniciativa Humanitaria, así como del TPAN, es que buscan modificar la retórica en torno al desarme nuclear y a la agenda de seguridad internacional para transitar del papel del Estado como único actor de las relaciones internacionales

hacia una agenda más compleja que tome en cuenta a la persona como el centro y destino de las políticas públicas y de los instrumentos jurídicos internacionales. Esta coyuntura permitirá transitar hacia un paradigma de seguridad humana que abarque los temas de derechos humanos, medio ambiente, justicia, desarrollo humano y la agenda social. Esta nueva narrativa, que considera la necesidad de prohibir las armas nucleares por los efectos que tienen en la persona, podría equipararse, por ejemplo, con el enfoque que ha tomado la agenda internacional en materia de migración o de cambio climático en los últimos años.

El rol que ha asumido la sociedad civil —particularmente ICAN— en la discusión en materia de desarme y su incidencia en la opinión pública no deben minimizarse, porque de seguro esto fomentará un diálogo más abierto en el futuro, en aras de alcanzar un mundo libre de armas nucleares y con mayor seguridad. El cambio en las estructuras sociales dentro de los Estados, en concreto dentro de aquellos con regímenes democráticos, impactará en la toma de decisiones de los líderes políticos a futuro. Es esperable que la sociedad civil continúe acompañando los esfuerzos de implementación del TPAN y buscando la modificación de la agenda de seguridad internacional.

Contar con un régimen legal de prohibición de las armas nucleares dentro del sistema de Naciones Unidas sienta un precedente sumamente relevante para la agenda de desarme internacional. La celebración periódica de las conferencias de los Estados parte o la discusión que se genere en torno al TPAN, sin duda, permeará en el sistema y lo modificará en el mediano plazo. El reto para sus promotores será que sus objetivos puedan obtener eventualmente mayor consenso político para que, en el largo plazo, se puedan cristalizar como costumbre internacional. Todo ello sin dejar de tomar en cuenta que los signatarios del TPAN también tienen la obligación de no frustrar su objeto y fin (esto en línea con el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Desde una perspectiva diplomática, se considera que los Estados no nucleares, con vocación a la paz y seguridad internacionales, no deben cesar en sus objetivos de desarme. Para ello, la diplomacia multilateral es el medio que puede llevar a concretar esos grandes acuerdos pendientes. La anarquía del sistema internacional motiva a sumar las voces de aquellos países que están a favor del desarme para que, de manera coordinada, generen nuevas normas de derecho internacional y busquen alternativas distintas a

las reglas vigentes que han dejado de dar respuestas a los retos contemporáneos. La diplomacia puede contribuir al tránsito paulatino hacia un enfoque multidimensional en materia de seguridad que desplace la visión de la Guerra Fría —de un esquema suma cero—, el cual sustituya la política de disuasión nuclear por la de desarme nuclear.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHESON, Ray y FIHN, Beatrice, “Preventing Collapse: The NPT and a Ban on Nuclear Weapons”, WILPF-RCW, 2013, disponible en: <https://www.reachingcriticalwill.org/resources/publications-and-research/publications/8316-preventing-collapse-the-npt-and-a-ban-on-nuclear-weapons>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento jurídicamente vinculante que prohíba las armas nucleares y conduzca a su total eliminación. Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, A/CONF.229/2017/8, 7 de julio de 2017, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.229/2017/8>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resoluciones aprobadas de acuerdo con los informes del primer comité, A/RES/1/ (I), 24 de enero de 1946, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/1/I>.
- ASOCIACIÓN DE CONTROL DE ARMAS (ACA), “The 2020 NPT Review Conference Starts Now: An Interview with Argentine Diplomat Rafael Mariano Grossi”, 2019, disponible en: <https://www.armscontrol.org/act/2019-06/features/2020-npt-review-conference-starts-now-interview-argentine-diplomat-rafael>.
- BERRY, Ken *et al.*, “Delegitimizing Nuclear Weapons. Examining the validity of nuclear deterrence”, Monterey, James Martin Center for Nonproliferation Studies, 2010, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/331438229_DELEGITIMIZING_NUCLEAR_WEAPONS_Examining_the_validity_of_nuclear_deterrence_The_James_Martin_Center_for_Nonproliferation_Studies_Monterey_Institute_of_International_Studies.
- BORRIE, John, “Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban”, *International Affairs*, vol. 90, núm. 3, mayo de 2014, disponible en: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/90/3/625/2326740>.

- BORRIE, John, *Viewing Nuclear Weapons through a Humanitarian Lens: Context and Implications*, UNIDIR, Ginebra, 2013, disponible en: <https://unidir.org/publication/viewing-nuclear-weapons-through-humanitarian-lens-context-and-implications>.
- BORRIE, John et al., *A Prohibition on Nuclear Weapons. A Guide to the Issues*, ILPI-UNIDIR, 2016, disponible en: <https://www.unidir.org/files/publications/pdfs/a-prohibition-on-nuclear-weapons-a-guide-to-the-issues-en-647.pdf>.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford University Press, 1998.
- CLÍNICA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE HARVARD, *Nuclear Umbrella Arrangements and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, 2018, disponible en: http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/06/Nuclear_Umbrella_Arrangements_Treaty_Prohibition.pdf.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General de la ONU, A/73/10, 2018; disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), “*Armas nucleares y derecho internacional humanitario*”, Ginebra, CICR, 2013, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/2013/4132-4-nuclear-weapons-ihl-2013.pdf>.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*”, Ginebra, CICR, 2015, disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>.
- DAVIS GIBBONS, Rebecca, “*The Humanitarian Turn in Nuclear Disarmament and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*”, *The Non-proliferation Review*, vol. 25, núms. 1-2, 2018, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10736700.2018.1486960>.
- EGELAND, Kjølvy, “*Oslo’s «new track»: Norwegian Nuclear Disarmament Diplomacy 2005-2013*”, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, vol. 2, núm. 2, 2019, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/25751654.2019.1671145>.
- EISENHOWER, Dwight D., “*Atoms for Peace Speech*”, 8 de diciembre de 1953, disponible en: <https://www.iaea.org/about/history/atoms-for-peace-speech>.

- FORD, Chistopher A., “Whither a Middle East WMD Free Zone?”, 2019, disponible en: <https://www.state.gov/whither-a-middle-east-wmd-free-zone/>.
- Iniciativa contra la Amenaza Nuclear (NTI), “Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty (CNTBT)”, 2020, disponible en: <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/comprehensive-nuclear-test-ban-treaty-ctbt/>.
- JÁQUEZ HUACUJA, María Antonieta, “La deslegitimación de las armas, el desarme y la protección de la seguridad humana”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 95, marzo-junio de 2012.
- KELLENBERGER, Jakob, “Bringing the Era of Nuclear Weapons to an End”, 20 de abril de 2010, disponible en: <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/statement/nuclear-weapons-statement-200410.htm>.
- KIMBALL, Daryl G., “The United States and the Nuclear Ban Treaty”, en SHETTY, Shatabhisha y RAYNOVA, Denitsa (eds.), *Breakthrough or Breakpoint? Global Perspectives on the Nuclear Ban Treaty*, Londres, European Leadership Network, 2017, disponible en: <https://www.europeanleadershipnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/ELN-Global-Perspectives-on-the-Nuclear-Ban-Treaty-December-2017-1.pdf>.
- KMENTT, Alexander, “El desarrollo de la iniciativa internacional sobre el impacto humanitario de las armas nucleares y sus efectos en el debate sobre las armas nucleares”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 97, núm. 899, 2016, disponible en: <https://international-review.icrc.org/es/articulos/el-desarrollo-de-la-iniciativa-internacional-sobre-el-impacto-humanitario-de-las-armas>.
- LEDERER, Edith M., “US Urges Countries to Withdraw from UN Nuclear Ban Treaty”, *AP News*, 21 de octubre de 2020, disponible en: <https://apnews.com/article/nuclear-weapons-disarmament-latin-america-united-nations-gun-politics-4f109626a1cdd6db10560550aa1bb491>.
- LOMÓNACO, Jorge, “Hacia la prohibición de las armas nucleares”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 110, mayo-agosto de 2017.
- MARÍN BOSCH, Miguel, “La farsa del desarme nuclear”, *La Jornada*, 28 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2015/05/28/opinion/021a2pol>.
- MARÍN BOSCH, Miguel, “Nuclear Disarmament, 1995-2000: Isn’t It Pretty to Think So?”, 2000, disponible en: <https://fas.org/nuke/control/npt/news/1-00-emarín.pdf>.
- MARÍN BOSCH, Miguel, “Seis décadas de negociaciones multilaterales de desarme”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 75, julio-octubre de 2005.

- MILLS, Michael J. *et al.*, “Multidecadal global Cooling and Unprecedented Ozone loss Following a Regional Nuclear Conflict”, *Earth’s Future*, vol. 2, núm. 4, 2014, disponible en: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/2013EF000205>.
- NYSTUEN, Gro y EGELAND, Kjølsv, “A ‘Legal Gap’? Nuclear Weapons under International Law”, *Arms Control Today*, vol. 46, marzo 2016, disponible en: https://www.armscontrol.org/ACT/2016_03/Features/A-Legal-Gap-Nuclear-Weapons-Under-International-Law.
- NYSTUEN, Gro *et al.* (eds.), *Nuclear Weapons under International Law*, Cambridge University Press, 2014.
- NYSTUEN, Gro *et al.*, *The TPNW and its implications for Norway*, Oslo, Norwegian Academy of International Law, 2018, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/335834495_The_TPNW_and_its_implications_for_Norway.
- Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), Decision 3, 1995, disponible en: https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/assets/WMD/Nuclear/1995-NPT/pdf/1995-NY-NPTReviewConference-FinalDocumentDecision_3.pdf.
- Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), “Nuclear Weapons”, 2018, disponible en: <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/>.
- Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), *Securing our common future. An agenda for disarmament*, Nueva York, ONU, 2018, disponible en: <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2018/06/sg-disarmament-agenda-pubs-page.pdf>.
- Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas (UNODA), “Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, 2018, disponible en: <https://treaties.unoda.org/t/tpnw>.
- ONDERCO, Michael y NUTI, Leopoldo (eds.), *Extending the NPT? A critical oral history of the 1995 review and extension conference*, Washington D. C., Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2020, disponible en: <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/Extending%20the%20NPT%20-%20A%20Critical%20Oral%20History%20of%20the%201995%20Review%20and%20Extension%20Conference.pdf>.

- Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA)*, “A 10 años del Tratado de la prohibición de los ensayos nucleares”, 1973, disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/15403500322_es.pdf.
- Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA)*, “El OIEA y el Tratado sobre la no Proliferación”, 2020, disponible en: <https://www.iaea.org/es/temas/tratado-sobre-la-no-proliferacion>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, “Décima Conferencia de las Partes del 2020 encargada del examen del Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares”, 2020, disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/npt2020/background>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, “Desafíos globales. Desarme”, 2020, disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/disarmament>.
- Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPC-CE)*, “Status of Signature and Ratification”, 2021, disponible en: <https://www.ctbto.org/the-treaty/status-of-signature-and-ratification/>.
- RITCHIE, Nick, “A Hegemonic Nuclear Order: Understanding the Ban Treaty and the Power Politics of Nuclear Weapons”, *Contemporary Security Policy*, vol. 40, núm. 4, 2019.
- RITCHIE, Nick, “Waiting for Kant: Devaluing and Delegitimizing Nuclear Weapons”, *International Affairs*, vol. 90, núm. 3, mayo de 2014, disponible en: <https://academic.oup.com/ia/article-abstract/90/3/601/2326737>.
- RITCHIE, Nick y EGELAND, Kjøl, “The Diplomacy of Resistance: Power, Hegemony and Nuclear Disarmament”, *Global Change, Peace & Security*, vol. 30, núm. 2, 2018, disponible en: http://eprints.whiterose.ac.uk/135807/1/PDF_Proof_of_Kjolv_resistances_article.pdf.
- ROBOCK, Alan *et al.*, “Climatic Consequences of Regional Nuclear Conflicts”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 7, núm. 8, 2007.
- ROSAS, María Cristina, “A 75 años del inicio de la era nuclear, el riesgo permanece amenazante”, *El Economista*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/A-75-anos-del-inicio-de-la-era-nuclear-el-riesgo-permanece-amenazante-20201209-0129.html>.
- SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3a. ed., Lima, CICR, 2012.
- SCHULTE, Paul, “The UK, France and the Nuclear Ban Treaty”, en SHETTY, Shatabhisha y RAYNOVA, Denitsa (eds.), *Breakthrough or Breakpoint? Global Perspectives on the Nuclear Ban Treaty*, Londres, European Leadership Network, 2017, disponible en: <https://www.europeanleadershipnetwork.org/>

wp-content/uploads/2017/12/ELN-Global-Perspectives-on-the-Nuclear-Ban-Treaty-December-2017-1.pdf.

SOKOV, Nikolai, “Russia and the Nuclear Ban Treaty”, en SHETTY, Shatabhisha y RAYNOVA, Denitsa (eds.), *Breakthrough or Breakpoint? Global Perspectives on the Nuclear Ban Treaty*, Londres, European Leadership Network, 2017, disponible en: <https://www.europeanleadershipnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/ELN-Global-Perspectives-on-the-Nuclear-Ban-Treaty-December-2017-1.pdf>.

SOUZA SCHMITZ, Maitê de, “Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Arms Race Case”, *Harvard International Law Journal*, noviembre de 2016, disponible en: <https://harvardilj.org/2016/11/decision-of-the-international-court-of-justice-in-the-nuclear-arms-race-case/>.

TAWIL, Marta, “El Consejo de Seguridad frente al escenario internacional”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 20, núm. 4, octubre-diciembre de 2020.

Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares, Londres, Moscú y Washington, 1o. de julio de 1968, disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/1970/infcirc140_sp.pdf.

U, Gioconda, “Entrevista de la autora a la embajadora Gioconda Ubeda en Buenos Aires”, junio de 2018.

WANG, Raymond y ZHAO, Tong, “China and the Nuclear Ban Treaty”, en SHETTY, Shatabhisha y RAYNOVA, Denitsa (eds.), *Breakthrough or Breakpoint? Global Perspectives on the Nuclear Ban Treaty*, Londres, European Leadership Network, 2017, disponible en: <https://www.europeanleadershipnetwork.org/wp-content/uploads/2017/12/ELN-Global-Perspectives-on-the-Nuclear-Ban-Treaty-December-2017-1.pdf>.

WILLIAMS, Heather *et al.*, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative. The “Big Tent” in Disarmament*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 2015, disponible en: https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150331nuclear.pdf.

Liderazgo y participación de las mujeres en la política global

Women's Leadership and Participation in Global Politics

Leadership et participation des femmes à la politique mondiale

Saúl Mandujano Rubio*

Nayelly Stephany Castañeda Rayas**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un nuevo paradigma: feminización de la política y liderazgo con perspectiva de género*. III. *Mujeres en la política global: entre romper esquemas o desandar el camino*. IV. *Ángela Merkel y el compromiso de dignificar la política*. V. *Jacinda Ardern y la habilidad de manejar los desafíos con certeza, determinación y empatía*. VI. *Kamala Harris y la expectativa de un incomparable liderazgo potencial*. VII. *Sanna Marin y la importancia de mantenerse vigente*. VIII. *Mujeres, liderazgo y poder político: cuando el sexismo se aleja de la cima*. IX. *Aproximación a un marco teórico sobre liderazgo y género en la política global*. X. *Conclusión general*. XI. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9681-4046>, saulmandujano@hotmail.com.

** Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1122-7126>.

Artículo recibido el 31 de mayo de 2021

Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 611-646
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

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

RESUMEN: Este trabajo expone la participación de las mujeres en la política global y aborda la manera en que trasciende la visión dominante del paradigma entre liderazgo y género. De igual manera, afirma la existencia de nuevos lideratos con modelos transversales, menos verticales y más empáticos. Además, analiza la intervención de las mujeres en las altas esferas de la política global, a partir de liderazgos más abiertos y colaborativos, y menos jerárquicos. Por último, describe la feminización del poder político y examina el legado de Ángela Merkel, Jacinda Ardern, Kamala Harris y Sanna Marin.

Palabras clave: mujeres, género, liderazgo, política global.

ABSTRACT: This document presents the participation of women in global politics and addresses how the prevailing vision of the paradigm between leadership and gender transcends. It asserts the existence of new leaderships encompassing crosscutting models, less upright and more empathetic. It analyses the intervention of women in high levels of global politics, through open-minded, collaborative, and less hierarchical leaderships. It describes feminization of political power and explores the legacy of Angela Merkel, Jacinda Ardern, Kamala Harris, and Sanna Marin.

Key words: women, gender, leadership, global politics.

RÉSUMÉ: Le présent document expose la participation des femmes à la politique mondiale et comment la vision dominante du paradigme entre leadership et genre dépasse. Il affirme l'existence de nouveaux leaderships avec des modèles transversaux, moins verticaux et plus empathiques. Il analyse l'intervention des femmes dans les hauts niveaux de la politique mondiale, à partir des leaderships plus ouverts, collaboratifs et moins hiérarchiques. Il décrit la féminisation du pouvoir politique et examine l'héritage d'Angela Merkel, Jacinda Ardern, Kamala Harris et Sanna Marin.

Mots-clés: femmes, genre, leadership, politique mondiale.

I. INTRODUCCIÓN

Trastocar la política, alterar ese orden conveniente o adecuado a lo masculino implica superar la categoría antropológica del cautiverio, la cual sintetiza ese hecho cultural por medio del cual se define el estado de las mujeres en un mundo patriarcal. Pareciera que, por la condición política en la que viven, las mujeres están sometidas al poder en los más diversos ámbitos de sus vidas y en distintos niveles. Es como si existieran sólo a través de los otros.¹

Existen diferentes maneras de abordar el tema de las mujeres en la política global. Tal vez una de ellas sea explorar sus conquistas históricas o iniciar con la forma en que, hace casi 3,000 años, Homero describió en la *Odisea* la escena en la que el joven Telémaco —un muchacho recién salido del cascarón— hace callar a una Penélope sagaz y madura, la cual es una muestra palpable de las primeras evidencias escritas en la cultura occidental del modo en que las voces de las mujeres eran acalladas en la esfera pública.² Tal como lo plantea Homero, una parte integrante del desarrollo de un hombre hasta su plenitud consistía (o consiste aún) en aprender a controlar el discurso público y en cerrar ese acceso a las mujeres.

Otra forma de acercarse al tema de la participación de las mujeres en la política mundial es a partir de los hechos y cifras que ofrece ONU Mujeres. Los datos muestran que la representación de las mujeres para la toma de decisiones es insuficiente en todos los niveles gubernamentales en el mundo. En sólo veintidós países hay jefas de Estado o de gobierno, mientras que 119 naciones nunca han sido gobernadas por mujeres. Al ritmo actual, alcanzar la igualdad de género en las más altas esferas de decisión tomará 130 años. Únicamente el 21% de quienes han ocupado ministerios han sido mujeres y, apenas en catorce países, los gabinetes han alcanzado el 50% o más en la

¹ Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4a. ed., México, UNAM, 2005, p. 151. En este texto, Lagarde analiza con profundidad la condición de la mujer desde lo político y desde las mujeres. Debido a ello, es un libro que desentraña los mecanismos, las redes y los nudos de los poderes múltiples que trenzan las relaciones entre mujeres y hombres, así como una obra donde se destaca que los cautiverios se originan en los modos de vida y en las culturas genéricas.

² Beard, Mary, *Mujeres y poder. Un manifiesto*, trad. de Silvia Furió, Barcelona, Crítica, 2018, p. 16.

representación de mujeres, pero con el detalle de asignarlas a las carteras menos relevantes. Si el aumento anual es de apenas el 0.52%, no se alcanzará la paridad en los cargos ministeriales antes de 2077.³

Tal vez se podría destacar el incremento en el número de las mujeres poderosas en el orbe y la adquisición de mayores capacidades para asumir liderazgo, o se podría hablar de la apertura cultural a la participación femenina en la vida pública, lo cual tiene que ver mucho con las luchas históricas de las mujeres y los movimientos transformadores emprendidos. Igualmente, se podría exponer de qué manera la relación entre la mujer y la política siempre ha sido vista como conflictiva, compleja y ambivalente. Asimismo, se podrían visualizar las oportunidades y el aprovechamiento de grietas y fisuras que den lugar al incremento de la actividad y del liderazgo político de las mujeres.

Eso sí, todo análisis debe aproximarse necesariamente a la conclusión de que las mujeres ya no se perciben como elementos ajenos al poder. Nuestro modelo cultural y mental de persona poderosa, irrevocablemente, dejó de ser masculino. El discurso público ya no es sólo un atributo definitorio de la virilidad. Por ello, deberá insistirse en reconocer que la creciente experiencia política de las mujeres y los contextos políticos más propicios parecen funcionar como condiciones necesarias para sus victorias electorales.

Dedicado a exponer la participación de las mujeres en la política global, este artículo aborda la manera en que se trasciende la visión dominante del paradigma entre liderazgo y género. De igual manera, sostiene que existen lideratos con nuevos enfoques y afirma la necesidad de construir modelos transversales, menos verticales y más empáticos, ya que ningún estilo es patrimonio exclusivo de un sexo u otro.

Entre los muchos estilos de liderazgo sobresale el liderazgo transformador, que corresponde a las ideas modernas de empatía e inclusión. A medida que la participación política de las mujeres prolifera, los liderazgos son más abiertos y colaborativos, así como menos jerárquicos. Quizá la parte medular del texto es abonar a establecer cuáles son las características y peculiaridades del liderazgo político femenino, así como a identificar si en realidad existe un liderazgo propio del género o se está frente a un “efecto clónico” de liderazgos masculinos mimetizados.

³ ONU Mujeres, “Hechos y cifras: liderazgo y participación política de las mujeres”, 2021, disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2021).

Además de referir a algunos datos sobre las mujeres y su acceso a los cargos políticos del más alto nivel, en este artículo se describen los estilos de gobierno de Ángela Merkel, Jacinda Ardern y Sanna Marin. También se menciona el prometedor liderazgo de Kamala Harris. Entre las razones que justifican ocuparse particularmente de ellas destacan, en primer lugar, su vigencia y, después, el proceder propio de cada una de ellas, que las distingue entre sí. Son liderazgos modernos, muy diversos a la idea de una mujer poderosa que en su tiempo encarnó Margaret Thatcher.

Esto está lejos de ser una selección arbitraria o en exceso discrecional, ya que, en concreto, atiende a una generación inédita de personalidades que fracturan los esquemas tradicionales respecto a la toma de decisiones en la arena política y que asumen espacios de poder, ya sea como jefas de Estado, primeras ministras o vicepresidentas. Son mujeres que han logrado deshacer los clichés sexistas del mando político, que saben moverse en los laberintos del poder y que dan un toque sui géneris al estilo de gobernar.

El trabajo concluye explicando que el ascenso de las mujeres al poder ya no está marcado por la pertenencia a una familia o elite. Por ello, sin ignorar que aún incomoda el prospecto de un poder político femenino, la investigación destaca que escribir sobre liderazgo y política global alude, necesariamente, a la influencia de las personas en las relaciones internacionales. Por muchas razones, el liderato femenino es ahora evidente y notable en la política mundial. Existen pruebas firmes y cada vez más numerosas de que la presencia de las mujeres ha cambiado para siempre la idea de ejercer el poder. Además, el texto cierra con una aproximación al marco teórico sobre liderazgo y género, e insiste en que, más allá del prejuicio y los estereotipos, el mandato a cargo de las mujeres no se identifica con gobiernos autócratas.

II. UN NUEVO PARADIGMA: FEMINIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y LIDERAZGO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Entre la teoría y la perspectiva de género se advierte una concepción feminista del mundo y de la vida. Por su juicio y censura a la idea androcéntrica de humanidad —que dejó fuera a la mitad del género humano—, la perspectiva de género tiene como uno de sus fines el contribuir a la construc-

ción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política, desde las mujeres y con las mujeres. Esta perspectiva desarrolla una visión crítica, explicativa y alternativa de lo que acontece en el orden de los géneros.⁴

Una óptica androcéntrica separa a hombres y mujeres, refuerza estereotipos y persiste en los roles de género que deben cumplirse en las diversas esferas de la vida pública y privada. Se trata de una perspectiva que pone a los hombres como sujetos de referencia y que otorga al varón y a su punto de vista una posición central en el mundo, una perspectiva en la que las mujeres quedan invisibilizadas o excluidas. Entender ahora el ejercicio del poder amerita modificar ese plano. Una humanidad democrática requiere que mujeres y hombres seamos diferentes de quienes hemos sido.

Algo sucede en la política global, ya que existe un giro afortunado y visible hacia la feminización de la política, tendencia que parece permanente en virtud de los avances democráticos. Diversos factores alientan y ayudan a predecir el continuo crecimiento del liderazgo político de las mujeres. Por un lado, la transición demográfica y la crisis de los conductos tradicionales de gestión pública, paradójicamente, abren espacios para la participación de la mujer en la política. Por otra parte, se encuentra la percepción de los votantes que tienen una opinión favorable sobre la posición de la mujer y su desempeño político. Un porcentaje importante de electores estima que las mujeres llegan a ser mejores líderes que los hombres.⁵

Siempre y cuando el descontento no llegue a provocar el colapso de la democracia, un número creciente de votantes que están en busca de un nuevo tipo de liderazgo están visualizando a la mujer como una alternativa viable. La idea de feminizar la política resurge con fuerza al calor de los debates que indagan cuáles podrían ser los nuevos sentidos de la transformación. Más allá de acrecentar la presencia femenina en las instituciones, el protagonismo de las mujeres, de un modo inverosímil, se advierte en la extensión de los saberes y temas de la agenda pública.

⁴ Lagarde y de los Ríos Marcela, “El género”, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Madrid, Horas, 1996, p. 1 (pp. 13 y 14), disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/LecturasComplementarias/Lagarde_Genero.pdf.

⁵ Buvinic, Mayra y Roza, Vivian, *La mujer, la política y el futuro democrático de América Latina*, Washington, D. C., BID, 2004, p. 9, disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-mujer-la-pol%C3%ADtica-y-el-futuro-democr%C3%A1tico-de-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>.

Nadie cuestiona la importancia que la presencia de las mujeres tiene en un mundo dominado “simbólicamente” por los hombres (incluso, hay que persistir en ello). Sin embargo, esto no puede ser el epicentro de un cambio sustantivo en la imaginación política. Ampliar el número de mujeres no garantiza *per se* el cambio o metamorfosis de la forma en que se hace política. Sobran ejemplos de mujeres que se posicionan al lado del poder o que, en nombre de determinada feminidad, justifican interpretaciones reaccionarias del cuidado (sumisión, vuelta al hogar o, incluso, rechazo al aborto).⁶ A veces, la extensión del feminismo no se expresa necesariamente en una mutación temática sustantiva, y en ocasiones no escasas se reproducen estilos que ratifican mensajes patriarcales.

Si el género de los políticos tiene importancia en la realidad, tener más mujeres en el poder podría denotar implicaciones trascendentes para el diseño de políticas y, en definitiva, para su desarrollo. Sin poner en tela de juicio los beneficios que las mujeres aportan a la política, de manera no sorprendente existen evidencias nada casuales de las dificultades que las mujeres enfrentan para transfigurar la agenda temática. Examinar los procesos que siguen en su camino al poder es relevante para entender cuánto pueden influir las mujeres en la formulación de políticas con cambios sustantivos.⁷

Es necesariamente cierto que se advierten muchos estilos de liderazgo; entre ellos tenemos al liderazgo transformador, que corresponde a las ideas modernas de empatía e inclusión. A medida que la participación política de las mujeres prolifera, los liderazgos son más abiertos y colaborativos, así como menos jerárquicos. Incluir la perspectiva de las mujeres en la definición de políticas públicas impulsa forzosamente cambios estructurales. Sobra certidumbre de que, de esa manera, ellas transmutarán la política de una manera definitiva y para siempre. Por lo pronto, utilizar la palabra “feminismo” todavía escandaliza las fibras más íntimas del poder.

Liderazgo y género es una relación que permite debatir si existe un estilo femenino de hacer política. Incluso, puede discutirse aquella visión sobre los roles que las mujeres ejercen con liderazgos más emotivos, indecisos o

⁶ Gil, Silvia L., “Feminización de la política”, *Diagonal*, 19 de julio de 2016, disponible en: <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/feminizacion-la-politica.html> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2021).

⁷ Yanez-Pagans, Patricia, “¿Se podría mejorar el desarrollo con más mujeres en el poder?”, 17 de noviembre de 2015, disponible en: <https://blogs.iadb.org/efectividad-desarrollo/es/mujeres-en-el-poder/> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2021).

influenciables. Una vez que las mujeres acceden a las posiciones más preeminentes de poder —lugares de poder explícito y legítimo por excelencia—, cabe preguntarse qué tipo de liderazgo ejercen y si acaso es un tipo de mando, autoridad o dominio específico diferente al de los varones.⁸

Aunque es importante señalar que ningún estilo es patrimonio exclusivo de un sexo u otro, con características bastante homogéneas, el liderazgo clásico sigue ligado a la idea patriarcal del poder, que simboliza los atributos personales de un líder en detrimento, incluso, de la figura de los partidos políticos. En las últimas décadas está surgiendo una forma diferente de entender el poder, un tipo de liderazgo diferenciado en el que las mujeres y el género condicionan la manera de comprenderlo y ejercerlo, uno que introduce matices cooperativos y nuevas formas de comunicación.

Sin ser un modelo hermético —pues permite filtraciones en función de quien ejerce el poder—, diversos estudios han concluido que las mujeres gobiernan con estilos más democráticos y participativos. Dentro de los diferentes tipos de liderazgo, las mujeres tienden a un liderato más transformativo, donde la capacidad de delegación y la empatía muestran otra dimensión. Esta forma de liderazgo es menos autocrática y tiene niveles más medidos de concentración del poder, ya que ellas ejercen el mando y la autoridad sin basarse de manera tan relevante en una fuerte jerarquización. Es un liderazgo más interactivo y trata al poder de una forma más funcional e instrumental, y menos finalista u obsesiva.⁹

Poner de manifiesto que entre las “cualidades” del liderazgo femenino todavía pesan los estereotipos es una conclusión que se apoya en diversos rasgos. Asumir que una mujer ejerce un poder político “blando” es uno de ellos. También lo es sostener que ellas detentan el mando sin la completa investidura, ya que esto hace que éste se perciba como indeciso. Asociar el poder a las virtudes clásicas de fidelidad y abnegación reconocidas al sexo femenino es parte de esa connotación. Aquel argumento que apuesta por la

⁸ Ruiloba Núñez, Juana María, “Liderazgo político y género en el siglo XXI”, *Entramado*, vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2013, p. 144, disponible en: <https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3449>.

⁹ Jiménez Romera, Gemma y Romero Parra, Inés, “El liderazgo político con perspectiva de género”, en Vázquez Bermúdez, Isabel *et al.* (coords.), *Investigación y género. Reflexiones desde la investigación para avanzar en igualdad. VII Congreso Universitario Internacional Investigación y Género*, Sevilla, SIEMUS, 2018, p. 409, disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/80319/Pages%20from%20Actas%20VII%20Congreso%20I%2bG%202018-12.pdf?sequence=1&jsAllowed=y>.

diferente sociabilización y que afirma que los hombres han sido educados para ejercer un poder basado en la dominación, en la manipulación y en el individualismo sólo refrenda la idea de que las mujeres deben gobernar conforme a ciertos patrones culturales.

Aún queda algo de cinismo cuando se alude a dirigir con perspectiva de género. Muchos creen que es suficiente con ofrecer a las mujeres puestos iguales que a los hombres. Consideran que se puede eliminar la discriminación sexista si se les trata de manera similar, a pesar de desconocer el peso del género. Insisten en destacar que las características valoradas como “femeninas” en el ejercicio del poder deben ser, necesariamente, la minuciosidad y la sumisión.¹⁰

Todo tiene su contexto, y entenderlo nos acerca a la realidad. Las mujeres que acceden al poder político de alto nivel reúnen un perfil donde la variable sexo es central, pero no única. Sin aplicarse a todos los casos, ciertas peculiaridades las distinguen: son una elite aislada entre el poder masculino y la masa femenina; son una aristocracia femenina en los círculos varoniles; son de una clase discriminada por exigírseles un alto nivel de cualificación profesional y contribuciones de todo tipo; experimentan una problematizada tensión entre lo profesional frente a lo femenino. Muchas veces, las mujeres que ostentan un liderazgo político propio se ven imbuidas por la forma clásica de ejercitar el poder y son orilladas a masculinizar su estilo de gobierno para dar la impresión de que lo hacen bien.¹¹

Hombres y mujeres difieren en el acceso a puestos de liderazgo. El hándicap en favor de los varones se explica a través de la metáfora del “laberinto de cristal”.¹² Asociado tradicionalmente con el género masculino, el li-

¹⁰ Lamas, Marta, “La perspectiva de género”, 1996, p. 7, disponible en: https://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf (fecha de consulta: 5 de octubre de 2021). Sobre el tema también es recomendable consultar el libro *El género. La construcción de la diferencia sexual*, compilado por Marta Lamas y editado por el Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG) de la UNAM, en coedición con la editorial Miguel Ángel Porrúa. Todos los ensayos de esta obra comparten la perspectiva de que el género es una construcción simbólica establecida sobre los datos biológicos de la diferencia sexual.

¹¹ *Ibidem*, p. 411.

¹² En “Las mujeres y el laberinto del liderazgo”, Alice Eagly y Linda L. Carli sostienen que, por norma general, las mujeres deben tener más méritos que los hombres y hacer mayores sacrificios personales para acceder a los puestos públicos de alta responsabilidad. No transitan hacia ellos de manera vertical o natural, sino serpenteando un enorme cúmulo de inconvenientes y tropiezos. Con la expresión “laberinto de cristal”, se hace referencia al conjunto

derazgo suele identificarse con propiedades atribuidas, generalmente, a los hombres: competitividad, control, autoridad y orientación hacia la tarea. En esta línea, el prejuicio hacia las mujeres líderes procede de la “concebida” incongruencia entre las características femeninas y los requisitos que se presume debería tener el rol del líder.

En términos generales, las personas tienden a creer que para desempeñarse efectivamente en puestos de liderazgo es necesario desplegar atributos masculinos. Dicha percepción podría presionar a muchas mujeres a adoptar comportamientos similares a los hombres. Incluso, cuando algunas de ellas llegan a ser consideradas igual de competentes que sus pares varones, las personas tienden a reflexionar que violan las normas esperadas socialmente y reaccionan negativamente frente a ellas.¹³

Comprometer a las mujeres líderes a combinar rasgos asociados al estereotipo masculino con cualidades femeninas para conseguir su aceptación, francamente, puede resultar perturbador. Partir de prototipos varoniles para evaluar el trabajo de mujeres en el poder es no querer apartarse de patrones culturales. No es a través de la imitación como se consigue un liderazgo eficaz y bien aceptado. Exigir que las mujeres en el poder no deban perder el carácter asociado a su sexo, es decir, que se muestren emotivas, consideradas y entusiastas, es desatender que la autoridad y el mando pueden ser ejercidos con perspectivas diferentes.

Respecto a los estilos de liderazgo entre hombres y mujeres, los resultados de las investigaciones empíricas dan lugar a conclusiones contradictorias debido a la imposibilidad de establecer generalizaciones entre contextos. Gran parte del estudio sobre las mujeres en posiciones de poder sostiene que ejercen un estilo de liderazgo diferente al de los hombres. Toda vez que el género se hace presente en los procesos, en las prácticas, en las ideologías y en la distribución del poder, nada tiene de extraño que las mujeres perciban el liderazgo con matices divergentes.

Analizar la participación de las mujeres en la política global abona, precisamente, a identificar un tipo de liderazgo alternativo. No falta quien afir-

de obstáculos que las mujeres deben superar para alcanzar el mismo cargo que un hombre. Y como todo laberinto, maraña o enredo, éste tiene una fácil entrada, pero una complicada salida.

¹³ Lupano Perugini, María Laura y Castro Solano, Alejandro, “Teorías implícitas del liderazgo masculino y femenino según ámbito de desempeño”, *Ciencias Psicológicas*, vol. 5, núm. 2, 2011, p. 140, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3984180>.

ma que existen pocas diferencias entre el comportamiento de los líderes varones y el de las mujeres. Incluso, desde el llamado “efecto clónico” se sostiene que habría más diversidad “dentro” de los sexos que “entre” ellos. Ciertamente, es difícil generalizar sobre un liderazgo político femenino determinado, pues son pocos los casos, y el recorrido es, por ahora, breve. No obstante, sí se encuentran evidencias de que las mujeres gobiernan con perspectivas distintas a los varones. Ése es precisamente el objetivo de los siguientes apartados del artículo.

III. MUJERES EN LA POLÍTICA GLOBAL: ENTRE ROMPER ESQUEMAS O DESANDAR EL CAMINO

Cuando en abstracto se figura a un líder, viene a la mente la imagen de un varón. Pensar en un líder es pensar en un hombre. La falta de modelos femeninos con quienes identificarse hace que ellas ajusten sus conductas a los usos y normas del poder vigente. Las estructuras más altas del poder político internacional siguen siendo espacios eminentemente masculinos.

Según datos revelados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las cifras hablan por sí solas. Pese a lograrse máximos en el número de mujeres en los más elevados niveles del poder, sólo el 6% de los países tienen a una mujer como jefa de Estado, y apenas en un 7% de ellos una preside el gobierno. De 193 naciones, apenas en 22 las mujeres ocupan alguna de esas dos funciones. En cuanto a regiones, Europa (especialmente Europa del Norte) es la región que tiene más mujeres en altos cargos, mientras que en América Latina las mujeres gozan de gran representación en los parlamentos.¹⁴ No obstante, un estudio reciente de la Unión Interparlamentaria (UIP) devela que se han desacelerado los avances de género en las altas esferas políticas.

En el ámbito parlamentario, lejos de alcanzarse la paridad en el poder, sólo un 20% de los parlamentos está presidido por mujeres. De los 278 que hay en el mundo, nada más 57 son encabezados por mujeres. Conforme a los datos recogidos en el mapa “Mujeres en la política: 2020”, elaborado por ONU Mujeres y la UIP, la cifra de mujeres en los altos mandos es reducida.

¹⁴ ONU Mujeres, “Solo 22 mujeres en todo el mundo son jefes de Estado o presidentas de un gobierno”, 10 de marzo de 2021, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489352> (fecha de consulta: 20 de abril de 2021).

Hay más jefas de Estado y de gobierno que gobiernos con igualdad de género. En 2021, sólo trece países cuentan con paridad ministerial o con una representación femenina superior a esa cifra. A pesar de los avances globales en todas las regiones, el número de países sin ministras ascendió a doce, en comparación con los nueve que había en 2020.¹⁵

Centrar el presente ensayo en las mujeres que ocupan una jefatura de Estado o de gobierno no implica desconocer que el empoderamiento femenino también se da en otros ámbitos de la política global. Con el surgimiento de una agenda internacional de la mujer en la década de los setenta, aunado al impulso de las organizaciones y conferencias internacionales, un gran número de países suscribieron acuerdos globales que aspiran a mejorar la condición de la mujer. Definitivamente, esa circunstancia ha impulsado la participación política de las mujeres. Sin embargo, para los fines del estudio, el análisis sólo se concretará a los cargos de más alto rango.

La edición 2021 del mapa preparado por la UIP y ONU Mujeres presenta nuevos datos respecto a la posición de las mujeres en puestos gubernamentales y parlamentarios. Uno de ellos es que aún son necesarias las acciones decididas y audaces en todo el mundo para atraer a un gran número de mujeres al corazón de los espacios de toma de decisiones, en calidad de miembros de pleno derecho. Los avances de este año en cuanto a la presencia de mujeres en la toma de decisiones políticas no son suficientemente buenos.

Previo al sexagésimo quinto periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, celebrado entre el 15 y el 26 de marzo de 2021, uno de los temas prioritarios fue abordar el rezago en la participación y el liderazgo de las mujeres en la política mundial. Con el objetivo de proponer recomendaciones para la inclusión significativa y expansiva de las mujeres en las elites del poder, la Comisión ha puesto énfasis en la desigualdad que se advierte en la estructura de oportunidades para las carreras políticas de las mujeres y la frecuencia con la que se extravían o se pierden en los intrincados caminos del laberinto de cristal.¹⁶

¹⁵ Women Now, “Un mundo sin (casi) presidentas”, 26 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.womennow.es/es/noticia/paises-liderados-por-mujeres-onu/> (fecha de consulta: 20 de abril de 2021). Women Now es una plataforma que reúne y descubre historias y voces de mujeres y hombres que están cambiando el mundo. También impulsa el *networking* y presenta las realidades de mujeres en todo el planeta, sus experiencias, sus diálogos, sus aspiraciones y sus retos.

¹⁶ Fundada en 1946, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es el principal órgano internacional de carácter gubernamental dedicado exclusivamente a la promoción

Casi todos los países del mundo han experimentado un incremento en el número de mujeres parlamentarias desde 1997, pero no sucede algo similar en el rubro de jefas de Estado o de gobierno. El progreso hacia la representación igualitaria en el Poder Ejecutivo parece haberse estancado y entorpecido en los últimos dos o tres años. América Latina está a punto de volver a una situación que le era ajena desde hace más de una década. Cuando Michelle Bachelet asumió su primer mandato en 2006, parecía que la región cambiaría, de manera permanente, su historia de dominio masculino absoluto en los cargos de más alto poder. Posteriormente, sucedieron las victorias de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina, Dilma Rousseff en Brasil y Laura Chinchilla en Costa Rica.

Pese a su vieja tradición machista, Latinoamérica sorprendía al mundo, ya que se vislumbraba como un lugar donde la igualdad de género se volvía algo más que un simple eslogan en la política. Sin embargo, pasaron unos cuantos años y, de un día para otro, se quedó sin presidentas, por lo que parece que podría desandarse, al menos en parte, el camino recorrido para empoderar a las mujeres. Este primer ciclo de mandatarias contemporáneas en la zona concluye con una situación lejana de lo ideal. Se ha suscitado un retorno al dominio del poder masculino, y ahora todos los países de la región son presididos por hombres.

Avanzar y no permitir retrocesos es un reto mayúsculo en la tarea de conceder poder a las mujeres. Las primeras mandatarias latinoamericanas tuvieron limitaciones de distinto tipo para gobernar, ya que los complejos fenómenos culturales de machismo y sexismo son difíciles de erradicar. A pesar de eso, el camino ha quedado más despejado para que otras mujeres vuelvan a competir por la jefatura de un Estado.

Algunas evidencias sugieren que la presencia de presidentas se asocia con el apoyo de hombres y mujeres al liderazgo político femenino.¹⁷ Después

de la igualdad de género y al empoderamiento de la mujer. Dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, desempeña una labor crucial en el impulso y fomento de los derechos de la mujer mediante la documentación de la realidad en la que viven las mujeres de todo el mundo. Con un mandato ampliado desde 1996, revisa los avances y las dificultades en la implementación de los tratados o convenciones internacionales para el empoderamiento femenino. Además, se ocupa de la incorporación de la perspectiva de género en las actividades de las Naciones Unidas.

¹⁷ Engler, Verónica, “La actualidad de las mujeres en la política latinoamericana. De la «marea rosa» al giro a la derecha”, *Nueva Sociedad*, abril de 2018, disponible en: <https://nuso.org/>

de todo, la diferencia fundamental en la política no es el género, sino la exclusión.

Quizá un dato que valdría la pena destacar es la importancia del cambio que se ha registrado en los Estados Unidos, donde el gobierno de Joe Biden es el más equilibrado en la historia del país. Frente a la administración anterior, con sólo un 17% de mujeres en cargos ministeriales, hoy la representación femenina ocupa el 46% de esa cartera. Sobresalen la vicepresidencia de Kamala Harris y la nominación de Janet Yellen como la primera secretaria del Tesoro en la Unión Americana, desde su fundación en 1789.

Además de tener bajo su responsabilidad la tarea no menor de conducir la recuperación económica de su país, Janet Yellen se suma a las mujeres que liderarán la economía mundial. Algunas llegan y otras se mantienen. Fuertes liderazgos femeninos conducen varias de las instituciones más importantes del mundo.

Una mujer es quien dirige la Organización Mundial del Comercio (OMC). El 1o. de marzo de 2021, Ngozi Okonjo-Iwela tomó posesión como directora general de la Organización (su mandato terminará en agosto de 2025). Kristalina Georgieva es la actual directora-gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI), nada más y nada menos que en un momento clave para proporcionar liquidez a los países fuertemente golpeados por la pandemia. Gita Gopinath es la economista jefa del FMI y quien entregará las perspectivas para el panorama mundial, todo un desafío en medio de la incertidumbre. Carmen Reinhart es, a partir del 15 de junio de 2020, la vicepresidenta y primera economista del Grupo Banco Mundial y, como tal, brinda a la institución liderazgo intelectual en un momento de crisis sin precedentes. Qué decir de Christine Lagarde y su labor de seguir marcando la pauta del Banco Central Europeo, o de Úrsula von der Leyen, la primera mujer presidenta de la Comisión Europea.¹⁸

Pero todavía falta, en términos concretos, que haya más mujeres en la política global. Cuando son pocas, se tiende a verlas como mujeres. Si tienen éxito, se ironiza con que parecen hombres; si no lo tienen, se adjudica

org/articulo/la-actualidad-de-las-mujeres-en-la-politica-latinoamericana/ (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).

¹⁸ Toledo, Monserrat, “Poder femenino 2021: las mujeres liderarán la economía del mundo”, *Diario Financiero*, 28 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/macro/poder-femenino-2021-las-mujeres-lideraran-la-economia-del-mundo/2020-12-24/150831.html> (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).

a la circunstancia de que son mujeres. El hecho de que el liderazgo se asocie con los rasgos socialmente aceptados de un líder y con las cualidades habituales de la masculinidad complica la percepción de un liderazgo que resulte válido para una manera diferente de dirigir la política. El peso de los estereotipos aún pende sobre las mujeres en puestos de gran relevancia. Siguen enfrentando muchos problemas, entre ellos tenemos una imagen que hace que sean consideradas como políticamente inexpertas, débiles de carácter y faltas de autonomía.¹⁹

IV. ÁNGELA MERKEL Y EL COMPROMISO DE DIGNIFICAR LA POLÍTICA

Entre las mujeres más poderosas del mundo, la canciller alemana ha encabezado la lista en los años recientes. Cargar con este apelativo supone identificarla con el llamado *smart power*, modelo que habla de la habilidad organizativa y política, entendida como la capacidad de acumular capital para negociar continuamente. A esto hay que agregarle también la comprensión del contexto cultural, el manejo adecuado de la crisis, la noción de urgencia y el flujo de información. Es inusual su capacidad para almacenar hechos y datos.

Ajena a los lapsus, las anécdotas pintorescas y los escándalos personales, Merkel no depende del lenguaje de las formas y de los gestos para transmitir autoridad. Su liderazgo poco o nada se debe a convencionalismos políticos, como el carisma o la avidez mediática. A lo largo de su carrera, su presencia se ha hecho valer a través del trabajo intenso y la falta de complejos en ambientes de poder básicamente masculinos. Tenaz en lo esencial de sus planteamientos y pragmática en los temas no cruciales, su gobierno se mide en términos de respeto.

Durante dieciséis años ha gobernado con firmeza, con valores y con sencillez. Concluye su gestión con una aprobación que no podrá repetirse en muchos años. Dignificó el oficio y demostró que la profesión no es para improvisados. Administró el poder como nadie. Su postura sobria y predecible fue una constante. Su estilo adoptado de hacer política no se inclinó por demostraciones innecesarias de fuerza ni por conflictos directos.

¹⁹ Román Marugán, Paloma y Ferri Durá, Jaime, “El liderazgo político femenino: la dificultad de una explicación”, *Raudem: Revista de Estudios de las Mujeres*, núm. 1, 2013, p. 88, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/143455117.pdf>.

Creció bajo el régimen comunista de la entonces Alemania Oriental. Entró en la política fuera de un sistema democrático, cuando su nación aún estaba dividida entre una zona de influencia soviética y otra de injerencia occidental. Exhibió sus primeras inquietudes políticas detrás de un muro que no sólo era de concreto, sino que también estaba plagado de actitudes viriles excluyentes.

Tras la reunificación alemana, su partido fue incorporado por la Unión Demócrata Cristiana. Ascendió gracias a su empatía y a su capacidad para construir acuerdos. Su meteórico ascenso fue de la mano de Helmut Kohl, carismático canciller que se encargó de sortear la difícil reunificación alemana de 1990. Cuando en 2003 se demostró que Kohl había estado depositando donaciones en un fondo secreto para compensar a sus amigos, a la joven política no le tembló la mano para despedir “al viejo caballo”. Un impresionante acto de “parricidio político” colocó a Merkel en dirección a lo más alto de la política alemana. Su inquebrantable carácter y determinación pusieron a Merkel donde merece.²⁰

Teniendo una clara idea de la rectitud, Merkel no alcanza la fama de ser una oradora electrificante, su hablar sosegado no emociona. Fundamenta su liderazgo en la forma racional de tomar decisiones. No es impulsiva, sino que construye su gestión a través de la política de los pasos pequeños. Despierta confianza y es realista. Sabe escuchar y no le da miedo disentir de lo que no le parece. Exhibe capacidad para pensar a largo plazo y entiende las dinámicas del momento. Impuso políticas de austeridad cuando fue necesario y consiguió que la economía de Alemania creciera de forma consistente durante una década.

Durante su gobierno, enfrentó una crisis tras otra (el colapso del sistema financiero mundial en 2008, las amenazas de disolución de la Unión Europea, la gran ola migratoria de 2015, etcétera.). Adoptó una política audaz de puertas abiertas y manejó la pandemia con honestidad y respaldada en el conocimiento. Con la agudeza propia de una científica de datos, la disposición comunicativa de Merkel se mantuvo distante de florituras y excentricidades. Experta en leer la epidermis social alemana, habló siem-

²⁰ BBC Mundo, “Alemania: el irresistible ascenso de Ángela Merkel”, *BBC News Mundo*, 21 de septiembre de 2013, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130920_alemania_elecciones_angela_merkel_ao (fecha de consulta: 28 de abril de 2021).

pre esquivada de cualquier controversia ideológica que pusiera en peligro su legitimidad.²¹

Supo encauzar el debate. La canciller es capaz de abandonar “el estilo Merkel” si es pertinente y puede cambiar de posición sin hacerse daño. Logró dominar a su manera la política de una nación. Durante dieciséis años, la cara visible de Alemania es el rostro de una mujer tímida, severa y coherente con su rigorismo prusiano. Su imagen responde al grueso de una opinión pública que reclama, como mínimo, la tranquilidad.

Tiene un estilo de liderazgo que se caracteriza, como ella misma lo ha dicho, por no comprometerse sino hasta el último momento. Mantiene abiertas todas las posibilidades. Enigmática y rodeada por un círculo muy reducido de confianza, ejerce autoridad sin dejarse deslumbrar por el poder y sin haber cedido un ápice en la protección de su personalidad más íntima. Conjuga una capacidad de análisis y de escucha fuera de lo común, y exhibe una resistencia física y psicológica única. Tal vez su mayor habilidad sea estar en buenos términos con cada miembro del Consejo de Europa. Sabe que cada voto cuenta en un sistema que requiere la unanimidad.²²

Ángela Merkel pinta un retrato con bastantes luces y algunas sombras. Sus críticos o detractores la acusan de haber acentuado la división y la desconfianza durante las crisis económica y migratoria. También cuestionan si ella fue el detonador de esos fenómenos o el antídoto que los amortiguó. Las huellas de la canciller aparecen por todas partes en ese periodo difícil de la Unión Europea. Quienes la descalifican afirman que su fortaleza se ha sustentado en la debilidad de los otros.

Dignificar la política permite reconocer que existen magistrales trayectorias en el servicio público, y Ángela Merkel resultó ser la mejor opción de Alemania en la historia contemporánea. Sin las habilidades políticas de la canciller, seguramente el destino de Europa sería otro. Como líder, Ángela Merkel no sólo tiene un lugar asegurado en la historia de Alemania, sino lo

²¹ Veras Mota, Camilla, “El perdurable legado de Ángela Merkel, la poderosa líder de Europa que prepara su salida tras casi 16 años gobernando Alemania”, *BBC News Mundo*, 18 de enero de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55698863> (fecha de consulta: 28 de abril de 2021).

²² Carbajosa, Ana y Miguel, Bernardo de, “El método Merkel, así ha liderado Europa la canciller alemana”, *El País*, 31 de mayo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/ideas/2020-05-30/el-metodo-merkel-asi-ha-liderado-la-canciller-alemana-europa.html> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).

ganó también en la política de todo el mundo. Su salida marcará el ocaso de un tiempo político que empieza a verse lejano y abrirá espacio a otro plagado de interrogantes existenciales para la Unión Europea.²³

Una mujer que sufrió todas las tristezas del mundo monótono, cerrado y aislado del socialismo soviético llegó a ser, con responsabilidad, disciplina y temple, la líder del mundo libre. Hereda un estilo de liderazgo que combina una política de hierro con la gran sensibilidad de comprender el contexto. Merkel tiene una mezcla de pragmatismo, prudencia, adaptabilidad y capacidad para aprender de la experiencia. Ya no es la persona que sólo comunica datos, sino también la que transmite un modelo de liderazgo fuerte pero creíble. Deja el legado de aprender sobre el poder de una manera más práctica.²⁴

V. JACINDA ARDERN Y LA HABILIDAD DE MANEJAR LOS DESAFÍOS CON CERTEZA, DETERMINACIÓN Y EMPATÍA

Desde su primera elección en 2017, Jacinda Ardern ya había hecho historia al convertirse en la primera ministra más joven de Nueva Zelanda. Toda un ícono para la política y el feminismo, puso fin a una época de poder conservador, en la cual el Partido Nacional detentó el poder en el país por varios años. Muchas otras líderes gravitan fuerte en la política global, pero pocas despiertan las mismas expectativas que Ardern. Pertenece a la nueva generación de políticos que irrumpen con decisión en la escena política internacional.²⁵

Líder empática y firme, se ha convertido en un referente político. Fue reelecta en octubre de 2020, tras su contundente victoria en las urnas. Inclusiva y antixenófoba, ha salido fortalecida de las crisis. Su carácter amable no le impide tomar decisiones vehementes. Ella apostó por el confinamiento y

²³ *Idem.*

²⁴ Bieto, Eugenia y Areilza, José M. de, “El regreso de Ángela Merkel: lecciones de liderazgo”, julio de 2020, disponible en: https://dobetter.esade.edu/es/angela-merkel-liderazgo?_wrap_per_format=html (fecha de consulta: 7 de mayo de 2021).

²⁵ Vived, Adela, “Jacinda Ardern, la primera ministra que rompe moldes en Nueva Zelanda”, *La Vanguardia*, 23 de enero de 2018, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/gente/20180123/44215310621/jacinda-ardern-primera-mujer-romper-moldes-como-ministra-nueva-zelanda.html> (fecha de consulta: 29 de abril de 2021).

por el cierre estricto de las fronteras para contener la pandemia. Nueva Zelanda es el país con menos decesos por la Covid-19. El rasgo más apreciado de Jacinda Ardern es su autenticidad. Apuesta por la igualdad de género y ha roto las estadísticas sobre conciliación y situación de las mujeres en posiciones relevantes.²⁶

Centrada, responsable e independiente, Jacinda Ardern rompe moldes y traza las líneas de la política *cool*. Apenas seis semanas antes de las elecciones generales en 2017, Andrew Little, el entonces líder del Partido Laborista, renunciaba por los bajos resultados que las encuestas auguraban a su partido. Fue el propio Little quien la propuso para sustituirlo. Un mes después, la intención de voto se incrementó del 20% al 43%. La cercanía y el carácter informal de Ardern calan pronto y hondo en los electores.

Gracias a sus dotes de liderazgo, fue seleccionada en 2007 como presidenta de la Unión Internacional de la Juventud Socialista. Ese mismo año, participó en las elecciones parlamentarias y ganó un asiento en el parlamento neozelandés. A diferencia de su mandato inicial como primera ministra —cuando gobernaba con dos partidos—, esta vez ha podido diseñar su equipo con total libertad y ha creado el Parlamento más diverso en la historia de Nueva Zelanda. Los temas de género, representación indígena y LGBTI son novedades en la elección de los ministerios.

Con alto sentido de la conciliación y el diálogo, a pesar de que el Partido Laborista podría gobernar en solitario debido a su presencia mayoritaria en el Parlamento neozelandés, Jacinda Ardern ha concedido a los colíderes del Partido Ecologista dos carteras fuera del gabinete: cambio climático y violencia doméstica. De esta manera, refuerza su capacidad de maniobra para los próximos años al contar con 77 diputaciones de las 120 que componen el Parlamento.²⁷

Ardern ofrece un liderazgo versátil y, al margen del “efecto clónico”, participa con simpatía de los cambios incrementales y no disruptivos. Ella

²⁶ Sánchez Sánchez, María, “Las claves que han llevado a Jacinda Ardern a ser considerada «la líder más eficaz del planeta»”, *El País*, 27 de octubre de 2020, disponible en: <https://smoda.elpais.com/trabajo/jacinda-arden-lider-mas-eficaz-planeta/> (fecha de consulta: 29 de abril de 2021).

²⁷ Jover, Anna, “Jacinda Ardern nombra un gobierno marcado por la diversidad en Nueva Zelanda”, *El País*, 2 de noviembre de 2020, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-11-02/jacinda-arden-nombra-un-gobierno-marcado-por-la-diversidad-en-nueva-zelanda.html> (fecha de consulta: 30 de abril de 2021).

apuesta por aquellos que, de manera metódica, pausada y controlada, incorporan mejoras a través de la tecnología y la innovación; no está suficientemente atraída por los que suceden sin previo aviso, de forma radical o de un momento a otro. La primera ministra ha adoptado un gobierno de transformación, aunque sus críticos argumentan que no ha hecho lo suficiente para abordar la desigualdad, la pobreza infantil, el cambio climático y el sobrecalentamiento en el mercado inmobiliario.

Contraria a los estereotipos, ella pone en claro que existen otros modos de gobernar. No tiene miedo de ser amable, y hace hincapié en ello. Durante mucho tiempo, los altos cargos de la política ponían énfasis en rasgos como la asertividad y la fortaleza. En cambio, ella se distingue por la cortesía, la afabilidad y la empatía. Está lo bastante lejos de la imagen rancia de los líderes testiculares, y no por eso es calificada como una débil jefa de gobierno. Sabe operar y concertar políticamente. Replica con prontitud frente a las crisis. Tras un brutal ataque armado a la comunidad musulmana de su país, casi de inmediato reformó las leyes que regulan la tenencia de armas, a pesar de los intereses económicos involucrados.

Alguna vez se dijo que los líderes genuinos no buscan el consenso, sino que le dan forma. Ardern ha moldeado un consenso diferente, con lo cual ha demostrado acción, cuidado y unidad. El liderazgo moderno implica persuadir para que el destinatario adquiera responsabilidad en los problemas colectivos. La primera ministra neozelandesa transmite como pocos la idea de actuar solidariamente ante las crisis.²⁸ No gobierna como Merkel, tampoco se parece a Thatcher; convence al estilo Jacinda Ardern.

VI. KAMALA HARRIS Y LA EXPECTATIVA DE UN INCOMPARABLE LIDERAZGO POTENCIAL

Después de una larga trayectoria en el servicio público y de haber sido electa como fiscal general en San Francisco (California), Kamala Harris llegó al Senado en 2017, y a la vicepresidencia de los Estados Unidos en 2021, sien-

²⁸ Wilson, Suze, “3 lecciones de liderazgo que diferencian a la primera ministra de Nueva Zelanda en la batalla contra el coronavirus”, *Infobae*, 15 de abril de 2020, disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/15/3-lecciones-de-liderazgo-que-diferencian-a-la-primera-ministra-de-nueva-zelanda-en-su-batalla-contr-el-coronavirus/> (fecha de consulta: 30 de abril de 2021).

do la primera mujer en su historia en ocupar ese cargo. Figura emergente del Partido Demócrata, goza de un liderazgo potencial inigualable.

Marca un hito histórico ser la primera mujer vicepresidenta, no sólo por lo que eso implica, sino también por lo que viene. Si los estilos de liderazgo dependen de los atributos que definen a la persona, las cualidades de Kamala Harris permiten abrigar grandes expectativas. Existen patrones de comportamiento y aspectos que impactan en los estilos de liderazgos transformadores. De inicio, la vicepresidenta muestra el talento de un liderazgo ético e incluyente basado en la humildad, la fortaleza y la inteligencia emocional.

Ideal compañera de fórmula de Joe Biden, ofreció el contraste adecuado y pertinente para derrotar a un mandatario bravucón y pendenciero como lo era Donald Trump. Hasta ahora, la energía e ilusión del binomio Biden-Harris ya ha contagiado a una parte significativa de la sociedad norteamericana. Comienza la cuenta regresiva sobre una administración que, a través de un liderazgo inclusivo respaldado en valores y en los fines del Estado, es capaz de reactivar la economía, superar la polarización y contener los efectos de la pandemia.

Revisar el itinerario profesional de Kamala Harris es advertir que éste está marcado por muchas “primeras veces”. Cuando anunció su interés de contender por un escaño en el Senado, ella enfrentó y derrotó en las elecciones primarias a un peso pesado como lo era Antonio Villaraigosa, exalcalde de la ciudad de Los Ángeles. Una vez que arribó a la cámara alta, pronto logró el respaldo del ala progresista. Su llegada a la vicepresidencia la convirtió en la mujer del momento.

Harris emociona por las perspectivas que genera y porque abre un mundo de posibilidades. Es ejemplo y reflejo de una mujer con carácter. Su ascenso está cargado de simbolismo histórico. Alimenta la idea de los liderazgos con propósito, de esos que trabajan por construir un futuro más cooperativo, de esos convencidos del valor de la diversidad, del diálogo y del respeto. Ayuda a pavimentar el camino de las mujeres que le sigan y demuestra la importancia e imperiosa necesidad de lo femenino en el poder.²⁹

²⁹ Jaramillo Thomas, Mariana, “Kamala Harris: lo femenino en el poder”, *El Tiempo*, 18 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/women-in-connection/kamala-harris-lo-femenino-en-el-poder-columna-de-women-in-connection-549777> (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2021).

Preparada y brillante, la vicepresidenta luce más allá del sentido tradicional. No se exhibe partidaria de un estilo de gobierno duro, estoico o agresivo. Lejos del arquetipo y del cliché de la “dama de hierro” que encarnaron Margaret Thatcher, Golda Meir e Indira Gandhi en la segunda mitad del siglo pasado, Kamala Harris se la pasa bien. No sólo proyecta una imagen de confianza en sí misma, sino también es una desafiante excepcional. Asume con buen ánimo la responsabilidad de conducir al Partido Demócrata hacia el futuro y conoce los desafíos de una vicepresidencia prometedora.

Existen ciertos estándares políticos que distinguen a la vicepresidencia, un cargo que se ha transformado de manera sustantiva en las últimas administraciones. En lugar de sólo estar simplemente listos y de ser los confidentes y consejeros del presidente, los vicepresidentes hoy se ocupan también de las relaciones con el Congreso y deciden las votaciones empatadas en el Senado. A menudo son emisarios en misiones al exterior o reciben encomiendas de enorme significado político. A Kamala Harris se le asigna la tarea nada fácil de resolver la crisis humanitaria que propicia el problema migratorio.

Ubicar la importancia del nuevo liderazgo que acompaña a Kamala Harris implica poner especial atención en el contexto que tiene que afrontar. La característica central de ella es que plantea relaciones diferentes con sus seguidores. Es inspiradora, crea modelos y promete ser gestora y promotora del cambio. No persigue el estilo influyente de Dick Cheney ni el educado y considerado desempeño de Al Gore ni el cauteloso, respetuoso y tal vez timorato discurso de Mike Pence ni el fresco manejo del mismo Joe Biden. La vicepresidencia de Kamala Harris despierta otra clase de expectativas, no sólo por el mero hecho de ser mujer, sino también por su manera de entender cómo se ejerce el poder.

Pragmática y con carácter para tomar decisiones, Kamala Harris acompaña el cambio de tono en la política estadounidense. Su energía personal equilibra el enfoque discreto de Biden. Algunos especulan que, en el actual contexto político, su vicepresidencia puede empoderarse de manera peligrosa. Lentamente se ha establecido en los Estados Unidos un modelo de régimen por decreto: el presidente gobierna a través de órdenes ejecutivas y el Congreso interviene ocasionalmente. Bajo tales circunstancias, los críticos de Harris especulan que es demasiado riesgoso despertar las ambiciones de una política con programa individual y que nunca ha rehuído al uso agresivo del poder.

Desde el momento en que fue elegida compañera de fórmula de Biden, con relativa frecuencia los republicanos se apoyan en ataques sexistas para pintarla como una radical que cooptaría la agenda más centrista del presidente y que empujaría al gobierno hacia la izquierda. Pero también hay quienes apuestan por sus habilidades como operadora ágil y eficaz, pues consideran que Harris puede ser constructora de consensos que sustituyan el voto de desempate en el Senado. Existen amplias expectativas de que la vicepresidenta ayude a Biden a sumar mayorías bipartidista para su agenda.³⁰

Nadie discute que Kamala Harris puede enfrentar desafíos inherentes; por ejemplo, encontrar su lugar en un ala oeste repleta de veteranos de la Casa Blanca que se conocen y trabajan juntos durante años, así como asesorar a un presidente con ideas demasiado arraigadas sobre cómo opera Washington. Dada la especulación de que Biden podría no buscar un segundo mandato, Harris enfrentará un escrutinio sobre su futuro electoral mucho antes que sus antecesores. Es cierto que Biden y Harris aportan perfiles políticos totalmente diferentes al nuevo gobierno. Su diversidad cambia de muchas formas la dinámica que existía entre Obama y Biden. Toca a Harris plantear una perspectiva distinta del mundo y un puente hacia una nación disímil.³¹ Su liderazgo es, ilimitadamente, prometedor.

VII. SANNA MARIN Y LA IMPORTANCIA DE MANTENERSE VIGENTE

Sanna Marin dirige el único gobierno de coalición formado únicamente por mujeres. Si algún país iba a ser la utopía feminista, ése era Finlandia. Colocada en el mismo grupo de las líderes más representativas, Sanna Marin asumió la jefatura de gobierno en un ascenso fulgurante de sólo siete años. Primera ministra desde 2019, ya traza diferentes líneas en su modo de gobernar.

Sabe moverse en una coalición que pareciera unida, pero con diversos desacuerdos privados. Simpatiza con fomentar la diversidad en la vida pública, ya que la gente de color no está suficientemente representada —en el Par-

³⁰ Durante sus ocho años como vicepresidente, Biden no emitió ningún voto de desempate. En cambio, en sólo cuatro años, Mike Pence tuvo que romper puntos muertos en trece ocasiones.

³¹ Crowley, Michael y Glueck, Katie, “Kamala Harris, una voz influyente y un voto decisivo”, *The New York Times*, 20 de enero de 2021, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/01/20/espanol/kamala-harris.html> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).

lamento sólo una mujer es de raza negra—. Es capaz de mostrarle al mundo quiénes son los finlandeses. Tres meses después de asumir el cargo, llegó la pandemia de Covid-19, frente a la cual ella y su equipo demostraron estar más que preparadas. Aplicó pronto la cuarentena y un importante número de pruebas. A pesar de las críticas, esto generó buen ánimo en la población.³²

Sanna Marin es una política bien valorada en su país y ofrece un nuevo impulso y energía a su gobierno. Para evitar elecciones anticipadas en las que el Partido Socialdemócrata perdería espacios, tomó las riendas de una coalición de marcada tendencia feminista. Atiende con asertividad problemas complejos, como el cambio climático, la sistémica amenaza de recesión, las pensiones y el envejecimiento de la población.³³ Habla con soltura; es de respuesta fresca y sincera; dice lo que piensa, y muestra carácter.

Elogiada por su liderazgo calmado y decisivo, Sanna Marin siempre es enfática en la defensa del Estado de bienestar y en la reducción de las desigualdades sociales. Cabe mencionar que tres de los otros cuatro países de la región escandinava están gobernados también por mujeres: Noruega por la conservadora Erna Solberg, Islandia por la izquierdista Katrín Jakobsdóttir y Dinamarca por la socialdemócrata Mette Frederiksen.

Finlandia no es un país que se jacte de tener un Ejecutivo estable, ya que experimenta vaivenes con relativa frecuencia. La primera ministra ha captado bien que su gobierno no requiere de un líder mesiánico, cuyo discurso sea profecía y su palabra dogma. Entiende la importancia de mantenerse vigente, de generar impacto y de asumir el poder como vía de transformación. Considera a su origen e identidad la base de su persuasión. Tiene un discurso ligero y entendible. Se mueve y se comporta como cualquiera; la normalidad es el soporte de su popularidad. Es una persona común, pero extraordinaria.

Bien entendido, innovar en la política implica pasar por la feminización del poder. Esto no se refiere sólo a la posibilidad de que más mujeres ejerzan en el campo político, sino también a un acervo de códigos. Modernizar el poder busca reconfigurar las instancias más oscuras del imperio patriar-

³² Fernández Gavito, Isabel, “Finlandia: un gobierno liderado por Sanna Marin y su gabinete de mujeres”, 11 de enero de 2021, disponible en: <https://medialab.up.edu.mx/noticias/finlandia-gobierno-sanna-marin-gabinete-mujeres/> (fecha de consulta: 4 de mayo de 2021).

³³ Domínguez Cebrián, Belén, “Sanna Marin, una primera ministra «millennial»”, *El País*, 11 de diciembre de 2019, disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575929672_400621.html (fecha de consulta: 4 de mayo de 2021).

cal: dominio, exclusión, ausencia de emoción, culpabilización, conservadurismo, conspiración y opresión. Cuando se habla de lo femenino en el poder, se alude a un tipo de poder que mira hacia los que históricamente han sido marginados y a un tipo de poder que cree en lo diverso.³⁴ Sanna Marin realiza un ejercicio político diferente. A través de ella se enfatiza que el liderazgo femenino no es un mito en la política.

Esta especie de nuevo liderazgo que contrasta con el estilo autoritario de las sociedades patriarcales ya estaba ahí. Sanna Marin no lo descubre ni lo inventa, pero sí lo revitaliza. No acompaña el poder hegemónico de una figura dominante que ejerce autoridad de forma vertical desde la superioridad. Ella es partidaria de un ejercicio horizontal, donde la empatía y la igualdad son sus características. Acepta sus limitaciones y reacciona bien ante la incertidumbre. Es ajena a los lideratos “tóxicos”, esos donde un líder omnipotente que se vincula con la supremacía y la condescendencia quiere mantener el control absoluto de todo.³⁵

Algo comparte Sanna Marin con las otras líderes mundiales: su capacidad de liderazgo está orientada a los resultados y a encontrar soluciones a largo plazo. Combina el pensamiento racional con el intuitivo. Al igual que la sumisión, el empoderamiento se aprende. La generación de mujeres a la que pertenece la primera ministra de Finlandia sabe que la autoridad es parte de su propósito de vida. A ellas les apasiona su trabajo, lideran desde el ejemplo y están al servicio de los demás, sin perder el equilibrio emocional, físico y mental.

VIII. MUJERES, LIDERAZGO Y PODER POLÍTICO: CUANDO EL SEXISMO SE ALEJA DE LA CIMA

Desde que las primeras mandatarias llegaron al poder hasta la actualidad, las mujeres han gobernado bajo la sombra de un liderazgo que se concebía

³⁴ Rosales A., Vanessa, “Lo femenino al poder”, *El Espectador*, 5 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/lo-femenino-al-poder/> (fecha de consulta: 5 de mayo de 2021).

³⁵ Estavillo, Elena, “Lecciones sobre liderazgo, género y autoritarismo que deja la crisis del Covid-19”, *Forbes México*, 6 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/lecciones-sobre-liderazgo-genero-y-autoritarismo-que-deja-la-tesis-del-covid-19/> (fecha de consulta: 21 de mayo de 2021).

solamente en masculino. Lidar con los estereotipos a menudo las enfrenta a juicios y adjetivos que difuminan sus ideas, su trabajo y su imagen. Entre los perfiles de Theresa May y Ada Colau (alcaldesa de Barcelona) no se advierte nada en común. Sin embargo, son objeto de calificativos bastante similares. Es suficiente exhibir autoridad y talante para etiquetarlas como mujeres muy mandonas o extraordinariamente difíciles. Sigue latente el sexismo en la cima hacia las mujeres con capacidad de liderazgo y decisión.³⁶

En un mundo donde el poder aún es masculino, las percepciones anticuadas sobre la naturaleza de la feminidad y el liderazgo a menudo ensombrecen la imagen de las políticas. El techo de cristal persiste y es más resistente cuanto más responsabilidad implique el puesto. El reto no se presenta respecto a reconocer el derecho y la capacidad de las mujeres para ocupar cargos de responsabilidad política, sino en cuanto al sesgo inconsciente en contra de todo lo que se aleje de la figura típica o habitual del líder.

A pesar de que, en teoría, el liderazgo está al alcance de todas y todos por igual, la visión de éste se inclina en gran medida hacia el lado de la virilidad. Incluso, si un hombre muestra sensibilidad y peculiaridades femeninas, éste podría ser juzgado como menos capaz para el liderato. Este estereotipo plantea una vieja trampa, ya que las mujeres que pretendan ser vistas como aptas para cargos de elevado nivel podrían considerar seriamente enfatizar ciertas características masculinas.³⁷

Parecería que la figura de la mujer con poder aún necesita ser entendida a través del trillado cliché de la dama de hierro. Para muchas políticas, ser inflexible, firme y agresiva es una manera de no mostrarse como un objetivo fácil ante el posible acoso y hostigamiento de sus opositores políticos. Pero los tiempos y el contexto han cambiado; ahora las mujeres optan por una vertiente más empresarial, por un liderazgo en el que la toma de decisiones y el poder son compartidos, por uno donde se fomenta el trabajo en equipo y la horizontalidad.

Se trata de un estilo relevante, en contraposición a la vieja escuela basada en una dirección centralizada y una jerarquía piramidal. Y es que el feminismo debe entenderse como una ideología plural y transversal a toda la vida social y política de las mujeres. Los feminismos siempre han repre-

³⁶ Ramos, Sandra, “El sexismo en la cima: mujeres, liderazgo y poder político”, 19 de diciembre de 2016, disponible en: <https://elordenmundial.com/sexismo-la-cima-mujeres-liderazgo-poder-politico/> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).

³⁷ *Idem.*

sentado una crítica feroz hacia los modelos tradicionales de ejercicio del poder.

Históricamente, el poder ha tenido una connotación masculina. El acceso de las mujeres a los puestos de decisión estuvo marcado por la pertenencia a una familia o elite (desde las reinas que heredaban el trono hasta las primeras presidentas que eran esposas, viudas o hijas del mandatario que las impulsó). El ascenso de las primeras mujeres estaba trazado por la cercanía al poder establecido.³⁸

Pero el escenario ahora ha cambiado. Desde 2017, Ana Brnabić es la primera ministra de Serbia. Ella cuenta una historia política propia, abiertamente homosexual, y su llegada al poder es mérito absolutamente suyo. Luego de una carrera sindical y parlamentaria, Katrín Jakobsdóttir es la actual presidenta de Islandia. Mia Mottley, quien actualmente está al frente del gobierno de Barbados, fue líder de la oposición entre 2008 y 2018. Erna Solberg, siendo aún universitaria, dirigió la Liga de Estudiantes del Partido Conservador Noruego en Berger y en 2013 asumió la jefatura de gobierno de Noruega. Zuzana Čaputová luchó por la transparencia del Poder Judicial, y en 2018 ganó las elecciones con el 58% de los votos, con lo cual se convirtió en presidenta de Eslovaquia. Mette Frederiksen, primera ministra de Dinamarca a partir de 2019, es una política danesa socialdemócrata en toda la extensión de la palabra.³⁹

Debido a que tanto las estructuras del poder político como del habla pública y del ejercicio de gobierno se codificaron por la hombría, todavía existe un reflejo que percibe a las mujeres como intrusas o como usurpadoras cuando acceden a las más altas esferas de autoridad. Suscita incomodidad el prospecto de un poder político femenino, debido a que desconcierta el hecho de que las mujeres quieran ejercer el mando. La fuente de esa molestia, indisposición o enfado no es la ideología política o las convicciones partidistas, como muchos quieren argumentar, sino la misoginia. El caudillismo, la idolatría actual, esa lógica de mesianismo que atraviesa la política,

³⁸ Carrascosa Puertas, Lara, "Liderazgo político femenino: una comparativa del tratamiento mediático de la primera semana de mandato de Ana Botella y Manuela Carmena", *Política y Sociedad*, vol. 57, núm. 1, 2020, p. 100, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/64329>.

³⁹ Modaes, "De Ángela Merkel a Sanna Marin: las mujeres en el poder político global", 6 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.modaes.es/back-stage/de-angela-merkel-a-sanna-marin-las-mujeres-en-el-poder-politico-global.html> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).

al cruzarse con la misoginia y el machismo, exacerbando a niveles alarmantes la incomodidad o desazón de que las mujeres ejerzan poder.⁴⁰

Escribir sobre liderazgo y política global relaciona necesariamente la influencia de los individuos en los asuntos internacionales. A través de la historia, el carácter y liderazgo de ciertas personas tiene una connotación decisiva, ya sea al impulsar el desarrollo o el avance de una nación o del mundo en general. Fue gracias a Ángela Merkel como la Unión Europea alcanzó acuerdos indispensables para la estabilidad del proceso de integración. Kamala Harris exhibe desde ahora templanza y visión en la construcción de acuerdos. Jacinda Ardern y Sanna Marin han puesto la muestra de cómo enfrentar las crisis en materia sanitaria.

Por muchas razones, el liderazgo femenino trasciende en la política global. Su sagacidad, su astucia, su adaptabilidad y su empatía cambian la narrativa, además de que refrescan las voces y la mirada sobre las discusiones trascendentales y mediáticas. Existen pruebas firmes y cada vez más numerosas de que la presencia de mujeres líderes en los procesos de toma de decisiones políticas mejora dichos procesos. Esta circunstancia representa una nueva época de madurez política; ya no es una fase camaleónica de la tradicional hegemonía masculina.

Tanto en la política global como en la nacional, la ley del embudo —esa insignia machista que utiliza lo ancho para lo patriarcal y lo angosto para lo femenino— debe quedar atrás. Ejercer el poder político está más allá de las figuras viriles. Las mujeres no deben competir bajo los mismos parámetros misóginos. ¿Por qué es importante que haya mujeres en los círculos de poder? Porque estamos en el siglo XXI. Después de todo, el poder es un concepto asexuado. En todas sus acepciones es independiente de cualquier connotación sexual.

IX. APROXIMACIÓN A UN MARCO TEÓRICO SOBRE LIDERAZGO Y GÉNERO EN LA POLÍTICA GLOBAL

Negar el avance político de las mujeres podría ser aberrante, y, por lo menos, es incorrecto. La presencia de las mujeres en el escenario del poder ha cre-

⁴⁰ Rosales A., Vanessa, “La incomodidad de un posible poder político femenino”, *El Espectador*, 11 de abril de 2021, disponible en: <https://www.elspectador.com/opinion/la-incomodidad-de-un-posible-poder-politico-femenino/> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2021).

cido en los últimos años. Con mayor pujanza en algunos países que en otros, las mujeres han ganado visibilidad y ocupan mayores espacios de decisión en todos los regímenes del mundo (sean éstos democráticos o, tal vez, no tanto).

Un dato revelador es que el ascenso de las mujeres se ubica de manera preponderante en el terreno de la política deliberativa. Es en los parlamentos, y no en el ámbito ejecutivo, donde se aprecian de forma más evidente sus logros. Pero, incluso en el terreno legislativo, las mujeres permanecen lejos de la toma de decisiones. Casi siempre es la excepción, y no la regla, que las mujeres ocupen la presidencia de una junta de coordinación política, de una mesa directiva o de alguna comisión.⁴¹

En esas condiciones, construir un marco teórico apropiado sobre liderazgo y género en la política global tiene sus dificultades, posiblemente hasta metodológicas. Varios inconvenientes previos deben resolverse; por ejemplo, el derivado del escaso número de mujeres en las jefaturas de Estado o de gobierno. Pocas mujeres sirven de referencia para estudiar y concepcionar un estilo femenino de gobernar a nivel global, que todavía es incipiente o limitado. Eso implica que el análisis parta y atienda casos particulares. Cuando son estudiadas con relación al poder político que ejercen, las mujeres en la política global no han definido un liderazgo hermético o uniforme.

En este artículo se ha destacado que las mujeres sí pueden gobernar de manera distinta a los hombres. Sin embargo, la mayoría de los marcos explicativos acerca del liderazgo político se construyen pensando en los modelos masculinos, como si se tratara de una trayectoria propia de una identificación de género. El hecho de que, de forma tradicional, se asocien los rasgos socialmente aceptados como propios de un líder, aludiendo a las cualidades habituales de la masculinidad, complica la percepción de liderazgos femeninos con atributos inherentes a su género.⁴²

⁴¹ Sobre la participación de las mujeres en el trabajo legislativo, Flavia Freidenberg y Karolina Giles escribieron el artículo “¡Ellas tienen los escaños, ellos el poder! Representación legislativa de las mujeres en el estado de Morelos”, el cual fue publicado en el núm. 240 de la *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. En el artículo se destaca que, a pesar de tener el mayor número de legisladoras en su historia (así como de tener el mayor número en comparación con los demás congresos locales), el congreso local de Morelos no ha podido avanzar en términos de representación simbólica ni sustantiva. Además, a pesar de estar dominado por mujeres, el congreso de Morelos ha mostrado un notorio desinterés por la agenda feminista. De igual manera, la investigación da cuenta de las dificultades de la clase política y de las instituciones públicas para incentivar la representación sustantiva de las mujeres.

⁴² Román Marugán, Paloma y Ferri Durá, Jaime, *op. cit.*, p. 87.

Debido a que son pocas las mujeres líderes a nivel global, la circunstancia hace que sean vistas como “mujeres”. Inclusive, cuesta demasiado trabajo acercarlas a una percepción neutra del liderazgo político. El papel de los estereotipos se enfatiza, y las mujeres en el poder siguen lidiando con problemas de imagen. Parece que una de las tradiciones más rancias para explicar el liderazgo consiste en anclarlo en un ámbito mitológico y literario. Bajo esa evocación, no es remota la visión de que un líder es un héroe épico.

La relación entre liderazgo y género no admite una explicación a partir de *El príncipe* de Maquiavelo, no porque la obra corresponda a contextos poco democráticos, sino porque en ella se describe a un líder demasiado inclinado a lo vertical, un aspecto apartado de los liderazgos contemporáneos. Cada muestra de gobierno que emana de un liderazgo femenino en la política global está más próximo al ejercicio del poder con pasión y medida. Las líderes actuales exhiben una buena dosis de parsimonia en la relación con sus seguidores. Esa clase de comedimiento genera tranquilidad y calma, sin apartarse de la sobriedad y la templanza.

Establecer un marco teórico de liderazgo y género en la política global implica necesariamente aludir a los rasgos comunes de las mujeres en la elite del poder: no suelen ser autócratas; simpatizan poco o nada con debilitar los controles institucionales; hasta ahora su legado no es de abuso; tampoco se han vuelto propensas a la represión; no demonizan a las minorías, y se distinguen por un liderazgo transformacional, ése que es capaz de preocuparse y de suscitar cambios importantes en la sociedad.⁴³

Con base en la evidencia empírica —quizá no tan abundante como para realizar una investigación acabada—, explicar el fenómeno del liderazgo y del género en la política global requiere de los antecedentes y conclusiones de diferentes estudios sobre el liderazgo político de las mujeres. Es pertinente señalar que las consideraciones generales sobre el liderazgo suelen olvidar o dedican un espacio residual a la influencia de la variable del género

⁴³ Una referencia adecuada en la formulación del marco teórico sobre liderazgo femenino es el texto *Liderazgo, género y prejuicio. Influencia de los estereotipos de género en la efectividad del liderazgo femenino y actitudes hacia las mujeres líderes* elaborado por María Laura Lupano Perugini, donde se investiga con detalle la influencia de los estereotipos de género en la efectividad del liderazgo femenino. Después de analizar el acceso de las mujeres a los puestos de liderazgo, ofrece un estudio y una teoría respecto a la incongruencia de roles y al prejuicio hacia las mujeres líderes. Además, no deja de esbozar comentarios relacionados con el sexismo ambivalente.

en el mismo. A partir de una perspectiva distinta, de un viejo concepto con nuevos enfoques se puede extraer un balance acerca de las pocas mujeres que se han adentrado en la crema y nata de la política mundial.⁴⁴

Un hallazgo significativo es que el tema de liderazgo debe reevaluarse, no sólo de manera experimental, sino también de manera teórica. Es necesario una continua renovación de su apreciación, pues los logros de las mujeres en la política global aún no se han estabilizado en el tiempo. Las discusiones sobre el poder y su ejercicio durante las últimas décadas ameritan valorar las aportaciones feministas. Es cierto que el liderato de las mujeres en la política mundial tiene distintos énfasis, pero en algo debemos estar de acuerdo: ya cambiaron la percepción del líder y del poder político.

Discernir sobre el liderazgo de las mujeres en la política global implica insistir en una crítica explícita y decisiva a las repercusiones nocivas, destructivas, opresivas y enajenantes que se producen por la jerarquización política de las personas basada en el género. Los reclamos de las mujeres para pensar el mundo, entenderlo, censurarlo e incidir en su transformación llevan muchos años.⁴⁵ Ahora que tienen la oportunidad de acceder al poder, ellas han decidido ejercerlo a su manera, con lo cual se gestan nuevas alternativas para el liderazgo político a nivel global.

X. CONCLUSIÓN GENERAL

Con base en los prejuicios y estereotipos que anidan aún en el imaginario colectivo, podría decirse que el poder todavía es machista, no sólo en términos cuantitativos, sino también cualitativos. Persisten actitudes que

⁴⁴ *Poder, mujeres y liderazgo: guía incluyente en un contexto global* es un libro de Adriana Ortiz-Ortega que presenta reflexiones sobre el campo de la política visto desde el género. Con profundidad aborda el liderazgo político de las mujeres y lo explica como resultado de la relación directa que guarda con los procesos de democratización en el mundo. A través de la revisión de conceptos y experiencias renovados, la autora estudia los liderazgos y ejercicios del poder que las mujeres realizan en distintas partes del planeta. Más que examinar el impacto del poder o del liderazgo en la vida de las mujeres, analiza los cambios que han ocurrido en las mentalidades, las masculinidades y la organización social en los últimos años. Para ubicar la importancia del liderazgo político de las mujeres y su ascenso al poder, hace un recorrido desde finales de los años sesenta a la fecha. Además, no deja de lado el realizar una recopilación de perspectivas teóricas, las cuales amplían el alcance de su investigación.

⁴⁵ Lagarde y de los Ríos, Marcela, “El género”, *op. cit.*, pp. 4, 16 y 17.

anhelan frenar el liderazgo de las mujeres y todavía son muchos los patrones que deben transformarse. Por fortuna, las líderes actuales ofrecen una visión novedosa del poder y empujan hacia liderazgos más sustantivos.

En la política global, el liderazgo femenino ha ganado notoriedad; jefas de Estado y de gobierno imprimen un nuevo sello al estilo de gobernar. Sin embargo, no existe aún un liderazgo de género hermético, cerrado, uniforme y compacto, con características inamovibles. De hecho, resulta complejo aproximarse a un marco teórico sobre liderazgo y género en la política mundial contemporánea.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- BBC MUNDO, “Alemania: el irresistible ascenso de Ángela Merkel”, *BBC News Mundo*, 21 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130920_alemania_elecciones_angela_merkel_ao (fecha de consulta: 28 de abril de 2021).
- BEARD, Mary, *Mujeres y poder. Un manifiesto*, trad. de Silvia Furió, Barcelona, Crítica, 2018.
- BIETO, Eugenia y AREILZA, José M. de, “El regreso de Ángela Merkel: lecciones de liderazgo”, julio de 2020, disponible en: https://dobetter.esade.edu/es/angela-merkel_liderazgo?_wrapper_format=html (fecha de consulta 7 de mayo de 2021).
- BUVINIC, Mayra y ROZA, Vivian, *La mujer, la política y el futuro democrático de América Latina*, Washington, D. C., BID, 2004, disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-mujer-la-pol%C3%ADtica-y-el-futuro-democr%C3%A1tico-de-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>.
- CARBAJOSA, Ana y MIGUEL, Bernardo de, “El método Merkel, así ha liderado Europa la canciller alemana”, *El País*, 31 de mayo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/ideas/2020-05-30/el-metodo-merkel-asi-ha-liderado-la-canciller-alemana-europa.html> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).
- CARRASCOSA PUERTAS, Lara, “Liderazgo político femenino: una comparativa del tratamiento mediático de la primera semana de mandato de Ana Botella y Manuela Carmena”, *Política y Sociedad*, vol. 57, núm. 1,

- 2020, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/64329>.
- CROWLEY, Michael y GLUECK, Katie, “Kamala Harris, una voz influyente y un voto decisivo”, *The New York Times*, 20 de enero de 2021, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/01/20/espanol/kamala-harris.html> (fecha de consulta: 6 de mayo de 2021).
- DOMÍNGUEZ CEBRIÁN, Belén, “Sanna Marin, una primera ministra «millennial»”, *El País*, 11 de diciembre de 2019, disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575929672_400621.html (fecha de consulta: 4 de mayo de 2021).
- EAGLY, Alice y CARLI, Linda L., “Las mujeres y el laberinto del liderazgo”, *Harvard Business Review*, Estados Unidos, vol. 85, núm. 9, septiembre de 2007.
- ENGLER, Verónica, “La actualidad de las mujeres en la política latinoamericana. De la «marea rosa» al giro a la derecha”, *Nueva Sociedad*, abril de 2018, disponible en: <https://nuso.org/articulo/la-actualidad-de-las-mujeres-en-la-politica-latinoamericana/> (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).
- ESTAVILLO, Elena, “Lecciones sobre liderazgo, género y autoritarismo que deja la crisis del Covid-19”, *Forbes México*, 6 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/lecciones-sobre-liderazgo-genero-y-autoritarismo-que-deja-la-tesis-del-covid-19/> (fecha de consulta: 21 de mayo de 2021).
- FERNÁNDEZ GAVITO, Isabel, “Finlandia: un gobierno liderado por Sanna Marin y su gabinete de mujeres”, 11 de enero de 2021, disponible en: <https://medialab.up.edu.mx/noticias/finlandia-gobierno-sanna-marin-gabinete-mujeres/> (fecha de consulta: 4 de mayo de 2021).
- FREIDENBERG, Flavia y GILAS, Karolina, “¡Ellas tienen los escaños, ellos el poder! Representación legislativa de las mujeres en el estado de Morelos”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LXV, núm. 240, septiembre-diciembre de 2020, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcyps/article/view/72869/0>.
- GIL, Silvia L., “Feminización de la política”, *Diagonal*, 19 de julio de 2016, disponible en: <https://www.diagonalperiodico.net/blogs/vidasprecarias/feminizacion-la-politica.html> (fecha de consulta: 7 de marzo de 2021).
- JARAMILLO THOMAS, Mariana, “Kamala Harris: lo femenino en el poder”, *El Tiempo*, 18 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.eltiempo.com>.

com/opinion/columnistas/women-in-connection/kamala-harris-lo-femenino-en-el-poder-columna-de-women-in-connection-549777 (fecha de consulta: 1o. de mayo de 2021).

JIMÉNEZ ROMERA, Gemma y ROMERO PARRA, Inés, “El liderazgo político con perspectiva de género”, en VÁZQUEZ BERMÚDEZ, Isabel *et al.* (coords.), *Investigación y género. Reflexiones desde la investigación para avanzar en igualdad. VII Congreso Universitario Internacional Investigación y Género*, Sevilla, SIEMUS, 2018, disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/80319/Pages%20from%20Actas%20VII%20Congreso%20I%20bG%202018-12.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

JOVER, Anna, “Jacinda Ardern nombra un gobierno marcado por la diversidad en Nueva Zelanda”, *El País*, 2 de noviembre de 2020, disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-11-02/jacinda-ardern-nombra-un-gobierno-marcado-por-la-diversidad-en-nueva-zelanda.html> (fecha de consulta: 30 de abril de 2021).

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, “El género”, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Madrid, Horas y H, 1996, disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/LecturasComplementarias/Lagarde_Genero.pdf.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4a. ed., México, UNAM, 2005.

LAMAS, Marta (comp.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, UNAM-PUEG-Miguel Ángel Porrúa, 2013, disponible en: <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/El%20genero.%20La%20construccion%20cultural%20de%20la%20diferencia%20sexual.pdf>.

LAMAS, Marta, “La perspectiva de género”, 1996, disponible en: https://www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf (fecha de consulta: 5 de octubre de 2021).

LUPANO PERUGINI, María Laura, *Liderazgo, género y prejuicio. Influencia de los estereotipos de género en la efectividad del liderazgo femenino y actitudes hacia las mujeres líderes*, (tesis de doctorado), Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2011, disponible en: <https://dspace.palermo.edu/dspace/handle/10226/1668>.

LUPANO PERUGINI, María Laura y CASTRO SOLANO, Alejandro, “Teorías implícitas del liderazgo masculino y femenino según ámbito de desempe-

- ño”, *Ciencias Psicológicas*, vol. 5, núm. 2, 2011, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3984180>.
- MODAES, “De Ángela Merkel a Sanna Marin: las mujeres en el poder político global”, 6 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.modaes.es/back-stage/de-angela-merkel-a-sanna-marin-las-mujeres-en-el-poder-politico-global.html> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2021).
- ONU MUJERES, “Hechos y cifras: liderazgo y participación política de las mujeres”, 2021, disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2021).
- ONU MUJERES, “Solo 22 mujeres en todo el mundo son jefes de Estado o presidentas de un gobierno”, 10 de marzo de 2021, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489352> (fecha de consulta: 20 de abril de 2021).
- ORTIZ-ORTEGA, Adriana, *Poder, mujeres y liderazgo: guía incluyente en un contexto global*, Monterrey, Instituto Estatal de las Mujeres de Nuevo León, 2009, disponible en: <https://www.nl.gob.mx/sites/default/files/podermujeryliderazgo.pdf>.
- RAMOS, Sandra, “El sexismo en la cima: mujeres, liderazgo y poder político”, 19 de diciembre de 2016, disponible en: <https://elordenmundial.com/sexismo-la-cima-mujeres-liderazgo-poder-politico/> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).
- ROMÁN MARUGÁN, Paloma y FERRI DURÁ, Jaime, “El liderazgo político femenino: la dificultad de una explicación”, *Raudem, Revista de Estudios de las Mujeres*, núm. 1, 2013, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/143455117.pdf>.
- ROSALES A., Vanessa, “La incomodidad de un posible poder político femenino”, *El Espectador*, 11 de abril de 2021, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-incomodidad-de-un-posible-poder-politico-femenino/> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2021).
- ROSALES A., Vanessa, “Lo femenino al poder”, *El Espectador*, 5 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/lo-femenino-al-poder/> (fecha de consulta: 5 de mayo de 2021).
- RUILOBA NÚÑEZ, Juana María, “Liderazgo político y género en el siglo XXI”, *Entramado*, vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2013, disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/entramado/article/view/3449>.

- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María, “Las claves que han llevado a Jacinda Ardern a ser considerada «la líder más eficaz del planeta»”, *El País*, 27 de octubre de 2020, disponible en: <https://smoda.elpais.com/trabajo/jacinda-ardern-lider-mas-eficaz-planeta/> (fecha de consulta: 29 de abril de 2021).
- TOLEDO, Monserrat, “Poder femenino 2021: las mujeres liderarán la economía del mundo”, *Diario Financiero*, 28 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/macro/poder-femenino-2021-las-mujeres-lideraran-la-economia-del-mundo/2020-12-24/150831.html> (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).
- VERAS MOTA, Camilla, “El perdurable legado Ángela Merkel, la poderosa líder de Europa que prepara su salida tras casi 16 años gobernando Alemania”, *BBC News Mundo*, 18 de enero de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55698863> (fecha de consulta: 28 de abril de 2021).
- VIVED, Adela, “Jacinda Ardern, la primera ministra que rompe moldes en Nueva Zelanda”, *La Vanguardia*, 23 de enero de 2018, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/gente/20180123/44215310621/jacinda-ardern-primera-mujer-romper-moldes-como-ministra-nueva-zelanda.html> (fecha de consulta: 29 de abril de 2021).
- WILSON, Suze, “3 lecciones de liderazgo que diferencian a la primera ministra de Nueva Zelanda en la batalla contra el coronavirus”, *Infobae*, 15 de abril de 2020, disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/15/3-lecciones-de-liderazgo-que-diferencian-a-la-primera-ministra-de-nueva-zelanda-en-su-batalla-contra-el-coronavirus/> (fecha de consulta: 30 de abril de 2021).
- WOMEN NOW, “Un mundo sin (casi) presidentas”, 26 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.womennow.es/es/noticia/paises-liderados-por-mujeres-onu/> (fecha de consulta: 20 de abril de 2021).
- YANEZ-PAGANS, Patricia, “¿Se podría mejorar el desarrollo con más mujeres en el poder?”, 17 de noviembre de 2015, disponible en: <https://blogs.iadb.org/efectividad-desarrollo/es/mujeres-en-el-poder/> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2021).

Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería

*Migrant Children and Adolescents in Chile. Critical
comments on the Immigration and Foreign Law*

*Enfants et adolescents migrants ou Chile.
Commentaires critiques sur l'immigration
et le droit étranger*

Isaac Ravetllat Ballesté*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Interés superior del niño, niña y adolescente migrante*. III. *Derecho a la educación*. IV. *Principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes*. V. *Principio de protección —unidad— familiar*. VI. *Derecho a la reunificación familiar*. VII. *Requisitos de ingreso y salida del país de niños, niñas y adolescentes*. VIII. *Visa de residencia temporal para niños, niñas y adolescentes extranjeros*. IX. *Prestaciones sociales no contributivas y sus efectos sobre la niñez y la adolescencia*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

* Universidad de Talca, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3857-8150>, iravetllat@utalca.cl.

Artículo recibido el 23 de noviembre de 2020
Aprobado para publicación el 25 de octubre de 2021

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, 2022, pp. 647-678
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, 2022
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

RESUMEN: El objetivo de este estudio es poner en tela de juicio las previsiones contenidas en la Ley de Migración y Extranjería chilena (Ley núm. 21.325 del 20 de abril de 2021) desde un enfoque de derechos humanos de la infancia y la adolescencia migrante. La citada norma, a pesar de contener como uno de sus principios inspiradores el del interés superior del niño y de la niña, no parece, sin embargo, ser capaz de ofrecer respuestas claras y acordes con las verdaderas necesidades que las personas menores de edad extranjeras precisan, muy en particular de las que se encuentran no acompañadas o separadas de sus referentes familiares.

Palabras clave: derechos humanos, niño desfavorecido, migración internacional, derechos del niño, protección de la infancia.

ABSTRACT: The objective of this study is to question the provisions contained in the Chilean Law on Migration (Law No. 21.325, of April 20, 2021) from a human rights approach to migrant children and adolescents. The aforementioned piece of Law, despite containing as one of its inspiring principles the best interest of the child, however it does not seem to be able to offer clear answers in accordance with the real needs that foreign minors need, very particularly those who are unaccompanied or separated from their family references.

Key words: Human Rights, socially disadvantaged children, international migration, children's rights, child protection.

RÉSUMÉ: L'objectif de cette étude est de remettre en cause les dispositions contenues dans la loi chilienne sur les migrations et les étrangers (Loi 21.325 du 20 avril 2021), à partir d'une approche des droits de l'homme pour les enfants et adolescents migrants. La règle précitée, bien qu'il contienne comme l'un de ses principes inspirants celui de l'intérêt supérieur du garçon et de la fille, ne semble cependant pas pouvoir offrir des réponses claires en fonction des besoins réels des mineurs étrangers. Ils précisent, en particulier ceux qui ne sont pas accompagnés ou séparés de leurs références familiales.

Mots-clés: Droits de l'homme, enfant socialement défavorisé, migration internationale, droits de l'enfant, protection de l'enfant.

I. INTRODUCCIÓN

En materia migratoria, hoy en día rige en Chile —a la espera de la entrada en vigor de la nueva Ley de Migración y Extranjería, Ley núm. 21.325 del 20 de abril de 2021—, la denominada Ley de Extranjería, que corresponde al Decreto Ley 1.094, dictado en 1975, que se caracteriza por su naturaleza restrictiva y por situar el acento en la seguridad nacional. Esta norma no contiene referencia alguna a cuestiones vinculadas con la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.¹ Sin ir más lejos, por ejemplo, no contempla el concepto jurídico indeterminado del “interés superior del niño” como criterio rector, ni tampoco alude al derecho del niño y de la niña a ser oídos conforme a su edad y estado de madurez.² Además, si a ello le añadimos que Chile tampoco cuenta con una ley de garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, que venga a asumir a nivel nacional el desarrollo de los principios y derechos dimanantes de la Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante, CDN—, el escenario que se plantea para las personas menores de edad extranjeras que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado chileno no es, a nuestro entender, particularmente halagüeño.

El propio Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, se pronunció sobre los niños y niñas en situación de migración, y lo hizo en los siguientes términos:

...el Comité toma nota de los pasos dados por el Estado parte para incrementar la regularización de los niños en situación de migración y su acceso a servicios de salud y educación. Sin embargo, le preocupa que la actual ley sobre la migración no haga referencia directa a los derechos y garantías de los niños. También le preocupa

¹ Godoy Henríquez, Yasna, “El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes irregulares en Chile”, en Mondaca Miranda, Alexis y Aedo Barrena, Cristian (coords.), *Estudios de derecho de familia IV*, Chile, Thomson Reuters, 2019, pp. 101-114.

² Cepeda Valdés, Sebastián, “¿Es posible la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? Notas a propósito de la vulnerabilidad de la niñez migrante ante la jurisprudencia nacional de acciones de amparo del año 2019”, *Señales*, Chile, núm. 21, 2019, pp. 120-122.

la existencia de procedimientos administrativos que siguen dificultando la inscripción de los nacimientos y el acceso a servicios educativos y de atención a la salud.³

En línea con lo apuntado, no podemos obviar que hablar de niñez y adolescencia migrante significa situarnos automáticamente en un plano que conlleva un triple nivel de vulnerabilidad: por ser niño o niña, por ser migrante y, en su caso, por ostentar —ya sea él o ella, sus progenitores, o ambos a la vez— un estatus migratorio irregular, factores que limitan la posibilidad de acceder a ciertos derechos esenciales, así como dificultan el ejercicio de otros derechos básicos de carácter económico, social y cultural, como la educación o la salud.⁴

A nuestro entender, y en ello radica nuestra hipótesis de partida, algunas de las razones que explican esa falta de visibilización generalizada de la niñez y la adolescencia en el ordenamiento jurídico chileno, y muy particularmente de aquella que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad —como lo sería la niñez migrante—, se halla en la misma evolución y construcción sociojurídica de la categoría “infancia”. En este sentido, debemos tener presente que la mentada noción no adquiere carta de naturaleza propia hasta fechas relativamente recientes, habiéndose circunscrito tradicionalmente su escaso y deficiente tratamiento normativo exclusivamente al ámbito del derecho de familia o del derecho penal adolescente.⁵

³ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, 30 de octubre de 2015*, Documento CRC/C/CHL/CO/4-5, párrs. 77 y 78.

⁴ Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 14, y Álvarez Escudero, Rommy, “Vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes. El caso chileno”, en Pontificia Universidad Católica del Perú (ed.), *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 304. También, Yáñez Espinoza, Manuel, “Niñez y migración: comentarios a la propuesta de reforma legal en Chile”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, España, núm. 19, 2020, p. 27. Por su parte, Rey define la discriminación interseccional como aquella que evoca una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica y única de discriminación. Rey Martínez, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 84, 2008, p. 264.

⁵ Villagrasa Alcaide, Carlos, “El derecho de la persona menor de edad hacia una disciplina autónoma desde el derecho civil”, en Cabedo Mallol, Vicente y Ravetllat Ballesté, Isaac

Por otra parte, este paradigma clásico al que hacíamos referencia en el párrafo anterior vino a considerar a las personas menores de edad como un objeto (pasivo) digno de protección, reflejando con ello un claro carácter tutelar y paternalista.

El cambio de modelo, denominado “de la minoridad”, imperante hasta finales del siglo XX, se produjo en 1989, con la aprobación de la CDN. Ésta vino a considerar a los niños, niñas y adolescentes, con independencia de su nacionalidad y estatus migratorio, como sujetos titulares de derechos, lo que supuso un claro antes y después para este grupo poblacional. Más específicamente, el principio de no discriminación, contenido en el artículo 2o. de la CDN, compele a los Estados parte a respetar, promover y garantizar los derechos enunciados en su contenido a todos los niños, niñas y adolescentes, ya sean considerados, entre otras cosas, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o víctimas de trata.⁶

Pues bien, es en este contexto poco proclive para los derechos de la niñez y la adolescencia en general, y para la infancia migrante en particular, en el que se enmarca el presente estudio, en el cual, desde una metodología deductiva-analítica de carácter cualitativo con un enfoque hermenéutico de tipo documental, se procede a un análisis pormenorizado de las principales provisiones en materia de niñez comprendidas en la nueva Ley de Migración y Extranjería. No en vano esta norma debiera estar llamada, al menos sobre el papel, a dar respuesta efectiva a algunas de las carencias y limitaciones históricas a las que hacíamos referencia con anterioridad.

II. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE MIGRANTE

Entre los diferentes principios fundamentales de protección enumerados en la nueva Ley chilena de Migración y Extranjería aparece el del interés superior del niño, niña y adolescente. El artículo 4o. estipula que

(coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, España, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 23-48, y Villagrasa Alcaide, Carlos, “Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, núm. 49, 2015, pp. 17-41. Asimismo, también se pronuncia en este sentido Carvacho, Pablo, *Estudio exploratorio de caracterización de niños, niñas y adolescentes migrantes de América Latina y el Caribe y sus familias en Chile*, Chile, Centro de Estudios Justicia y Sociedad, 2020, p. 16.

⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*, de 16 de noviembre de 2017, Documento CRC/C/GC/22, párr. 9.

...se asegurará el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera que sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que lo tengan a su cuidado.

Aun valorando positivamente la inclusión de este concepto jurídico indeterminado en el cuerpo de la norma, se nos hace bastante complejo hallar a lo largo de todo su articulado verdaderas concreciones de éste. Tal vez se está perdiendo una buena oportunidad para huir de las generalizaciones, las ambigüedades y las declaraciones grandilocuentes que tradicionalmente han acompañado las previsiones relativas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en nuestro caso migrantes, recogidas en los diferentes textos legales que inciden directa o indirectamente en sus vidas y desarrollo integral.

A mayor abundamiento, y atendiendo al tenor literal del precepto en cuestión (artículo 4o.), éste tan sólo alberga una remisión a los derechos de las personas menores de edad consagrados en la “Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Analicemos más detenidamente esta cláusula de reenvío. En primer término, se alude a la norma fundamental chilena, que si bien al referirse a los derechos fundamentales lo hace con respecto a “todas las personas” —artículo 19—, no evidencia un especial trato de favor respecto a los niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, la Constitución de 1980 parece olvidarse, o invisibilizar al menos, a los niños, niñas y adolescentes.⁷ Ello viene a corroborarse con la exclusión contenida en su artículo 13 de las personas que no hayan alcanzado aún los dieciocho años de edad del concepto de “ciudadanía”. En segundo lugar, el referido artículo 4o. alude a “las leyes” y, de nuevo, al igual que como sucediera con el texto constitucional, nos encontramos con una falta sistémica en el ordenamiento jurídico chileno de

⁷ Espejo Yaksic, Nicolás, “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, en Quesille Vera, Anuar (coord.), *Constitución Política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Chile, Unicef, 2017, p. 11, y O’Mahony, Conor, “The case for constitutionalizing Children’s Rights”, en Dwyer, James (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2020, pp. 872-875.

una regulación con claro y nítido enfoque de derechos de la niñez. Y no nos estamos refiriendo con ello, que también, al déficit histórico de una ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia que venga, por fin —treinta y un años después—, a traducir e incorporar de manera definitiva a nuestra normativa doméstica los principios y derechos dimanantes de la CDN, sino a una cuestión mucho más profunda, más transversal, que se extiende a cualquier ámbito o sector del sistema normativo chileno, incluido, por supuesto, el migratorio.⁸

En línea con lo apuntado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH—, en su Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, entiende que el principio del interés superior del niño y de la niña debiera convertirse en un criterio fundamental a la hora de diseñar y aplicar las políticas públicas migratorias, así como un principio informador de toda toma de decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una persona menor de edad, o de sus progenitores por condiciones vinculadas con su estatus migratorio. Lo afirmado va de la mano de la obligación del Estado de respetar el derecho de la persona menor de edad a ser escuchada y debidamente tenida en cuenta en todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo.⁹ En otras palabras, la Ley núm. 21.325 debe priorizar el enfoque de derechos humanos desde una perspectiva que aglutine también, en forma transversal, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales deben primar sobre cualquier otra consideración relativa a la nacionalidad o a la

⁸ En este sentido, consultar Barcia Lehmann, Rodrigo, “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 19, núm. 2, 2013, pp. 3-52; Barcia Lehmann, Rodrigo, “Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia”, en Lepin Molina, Cristian y Gómez de la Torre, Maricruz (coords.), *Estudios de derecho familiar I*, Chile, Thomson-Reuters, 2016, pp. 211-220; Parra Sepúlveda, Darío y Ravetllat Ballesté, Isaac, “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, año 25, núm. 3, 2019, pp. 215-248, y Rizik Mulet, Lucía, “La responsabilidad parental y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en Mondaca Miranda, Alexis y Aedo Barrena, Cristian (coords.), *Estudios de derecho de familia IV*, Chile, Thomson-Reuters, 2019, pp. 443-460.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, sobre derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 70. En ese mismo sentido se pronuncia Ortega Velázquez, Elisa, *op. cit.*, nota 4, pp. 112-114.

condición migratoria, de acuerdo con lo esgrimido en los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

III. DERECHO A LA EDUCACIÓN

En atención a los compromisos internacionales asumidos por Chile, debe quedar asegurado el acceso al sistema educativo de todo niño, niña o adolescente que se encuentre residiendo en territorio chileno, con independencia de cuál sea su condición migratoria o la de sus padres.¹¹

Para hacer efectivo este derecho fundamental se han adoptado en Chile diversos convenios e instructivos ministeriales. En primer lugar, cabe destacar el Oficio Ordinario 07/1008 (1531) del 4 de agosto de 2005, del ministro de Educación, que prescribe el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los y las estudiantes inmigrantes en los reductos educacionales que gozan de reconocimiento oficial, enfatizando la no discriminación arbitraria en función de la condición migratoria de los progenitores. En segundo término, tenemos el Convenio entre el Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM) y la Junta Nacional de Jardines In-

¹⁰ Es sentada ya la jurisprudencia de la CIDH que señala que los niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, en consecuencia, el artículo 19 de la Convención debe considerarse como una especie de derecho adicional, complementario, que el Pacto de San José de Costa Rica prevé respecto a sujetos que por su desarrollo físico y emocional necesitan de particular protección. En este sentido encontramos el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 147, así como el caso *Masacres del Río Negro vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 142; también el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 196.

¹¹ El artículo 30 de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares estatuye que “todos los hijos de trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo”. También, tomar en consideración los artículos 28, 29, 30 y 31 de la CDN.

fantiles (JUNJI), por Resolución Exenta 6.677 del 20 noviembre de 2007, en virtud del cual se facilita la educación parvularia a hijos e hijas menores de cinco años de mujeres inmigrantes o refugiadas, sin importar su estatus migratorio. Finalmente, y a través de diversos oficios ordinarios, concretamente los oficios 894 (2016),¹² 329 (2017)¹³ y 915 (2018)¹⁴ de la Subsecretaría de Educación, que actualizan las instrucciones sobre ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos educacionales de los niños, niñas y adolescentes extranjeros que no tienen su situación migratoria regularizada, se prevé la creación y entrega de un identificador provisorio escolar (en adelante, IPE), a toda persona menor de edad migrante que no cuente con cédula de identidad chilena y que quiera incorporarse al sistema escolar.¹⁵ Asimismo, el último de los oficios, el 915 (2018), crea y establece directrices sobre el llamado “identificador provisorio de apoderados” (en adelante, IPA). Se trata éste de un número único que entrega el Ministerio de Educación a los apoderados extranjeros que se encuentren en situación irregular y que deseen participar como representantes legales en el sistema de admisión escolar (SAE) vía web.

Siguiendo esa misma línea ya iniciada en 2005, la nueva Ley de Migración y Extranjería viene a garantizar, en su artículo 17, el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media de todos los niños, niñas y adolescentes extranjeros establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales, y ello con independencia de su condición migratoria o la de sus padres, o la de las personas que los tengan a su cuidado. Así, si bien esta previsión nos parece acertada desde la perspectiva del acceso al sistema escolar, entendemos que el precepto en cuestión está perdiendo una ocasión única para dar

¹² Oficio Ordinario 894 del 7 de noviembre de 2016, de la Subsecretaría de Educación, que actualiza las instrucciones sobre el ingreso, la permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial.

¹³ Oficio Ordinario 329 del 25 de mayo de 2017, de la Subsecretaría de Educación, que complementa el Oficio Ordinario 894 del 7 de noviembre de 2016.

¹⁴ Oficio Ordinario 915 del 28 de noviembre de 2018, de la Subsecretaría de Educación, que complementa los oficios ordinarios 894, de 2016, y 329, de 2017.

¹⁵ El IPE, que funciona desde el 1o. de enero de 2017, es un número identificador único. Así, si el o la estudiante cambia de establecimiento educacional o se traslada de una localidad a otra, lo mantiene hasta que logre regularizar su condición migratoria. Una vez alcanzado este último objetivo, debe darse el debido aviso a la institución escolar para que en la ficha del o la estudiante se reemplace el IPE por el RUN otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

un salto cualitativo e incorporar, junto al acceso, una mención al deber de los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, de establecer las medidas necesarias para facilitar la realización personal y la inclusión social y educativa de todos los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren escolarizados en territorio chileno,¹⁶ entendiendo por inclusión toda acción que proporcione la disminución o eliminación de las barreras para el aprendizaje, la participación y la socialización. No nos sirve, por limitada y confusa, la redacción del artículo 6o. de la misma Ley 21.325, intitulado “integración e inclusión”. En primer lugar, por su marcado tinte generalista y adultocéntrico, y, en segundo término, por su referencia explícita a la noción de “integración”, que entendemos denota una clara voluntad de avanzar hacia un proceso de homogeneización cultural y asimilación educativa, y no contiene, por ende, una verdadera intención de construir una sociedad plural y diversa desde los derechos de la infancia y la adolescencia migrante.¹⁷

Por último, contemplamos con preocupación cómo el inciso tercero del artículo 17 de la Ley 21.325, al tratar acerca de la gratuidad en la educación superior, nos remite “a lo dispuesto en la letra a) del artículo 103 de la Ley 21.091, sobre Educación Superior”, lo que viene a ser lo mismo que excluir de la misma a los extranjeros que no cuenten con residencia definitiva en el país y que no hayan cursado la enseñanza media completa en Chile. Ello debido a que el Ministerio de Educación exige que para poder optar por este beneficio es requisito *sine qua non* ostentar nacionalidad chilena, o bien ser extranjero con residencia —temporal— egresado de la enseñanza media en Chile o, por último, ser extranjero con residencia definitiva en el territorio nacional.¹⁸ Tal eventualidad provoca un riesgo evidente de dejar fuera de la gratuidad a jóvenes extranjeros recién llegados al país —incluso

¹⁶ De este modo, además, se trazaría un puente o vínculo directo entre las previsiones contenidas en la nueva Ley migratoria y las que alberga el Proyecto de Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, norma esta última que incorpora en su articulado tanto derecho a la inclusión (artículo 12) como el deber del Estado de asegurar, en el ámbito de sus competencias y conforme a sus atribuciones y medios, una educación inclusiva de calidad.

¹⁷ Defensoría de la Niñez, Oficio 127/2019, remite observaciones y recomendaciones institucionales relativas al *Boletín* 8970-06, *Boletín* 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, 2019, Santiago, 7.

¹⁸ Rojas Mesina, Óscar Patricio, *Manual de mitos y realidades sobre la migración en Chile*, Chile, Friedrich Ebert Stiftung, 2019, p. 13, y Ministerio de Educación, *Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022*, Chile, Mineduc, 2018, p. 14.

con su documentación en regla— o que no hayan alcanzado a regularizar su situación migratoria.¹⁹

IV. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. Ideas generales

El principio de no devolución, que inicialmente fue pensado para las personas a las que se reconoce su estatuto de asilo o refugiado (artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), ha ido, paulatinamente, ampliando su ámbito de extensión.²⁰ Sin ir más lejos, la CIDH, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, tuvo la oportunidad de interpretar el artículo 22.8 del Pacto de San José de Costa Rica, alcanzando la conclusión de que

...es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”.²¹

¹⁹ Según el Consejo Nacional de Educación, del total de 1.180.181 estudiantes matriculados en 2019 en establecimientos de educación superior en Chile, 15.740 correspondieron a estudiantes extranjeros, lo que supone un 1,3% de la matrícula total del sistema. Ello implica un leve descenso respecto a las cifras de 2018, en que fueron 22.780, un 1,8% de la matrícula total del sistema (1.262.721). Para mayor detalle, consultar *online* Ministerio de Educación, *Informe sobre matrícula de estudiantes extranjeros en educación superior. Matrícula 2018*, disponible en: https://bibliotecadigital.mineduc.cl/bitstream/handle/20.500.12365/4614/extranjeros_edsupchile_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 27 de septiembre de 2020). Asimismo, respecto al número de extranjeros con gratuidad en educación superior, en 2016 representaron un 0,42% del total de los beneficiarios y, en 2017, un 0,56%. En este sentido, Rojas Mesina, Óscar Patricio, *op. cit.*, nota 18, p. 32.

²⁰ Este principio de no devolución aparece reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 4o. de la Ley 20.430 del 15 de abril de 2010, sobre protección de refugiados.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, C caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272, párr. 153.

En suma, el principio de no devolución debe serle reconocido a todo sujeto extranjero, con independencia de su edad, y no únicamente a una categoría específica del mentado colectivo humano, como serían los requerientes de asilo o refugio.

A mayor abundamiento, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General núm. 6 (2005), determina que si no se cumplen los requisitos para obtener la condición de refugiado al amparo de la Convención de 1951, los menores separados o no acompañados deben disfrutar de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de atención.²² Ello significa, como no puede ser de otro modo, que ha de garantizárseles, en la máxima medida de lo posible, el disfrute de todos los derechos humanos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes en el Estado de acogida, con inclusión de aquellos que presuponen la estancia regular en ese territorio.

En este sentido, defendemos la necesidad de haber introducido en el artículo 10 de la Ley 21.325, precepto que regula la protección complementaria, el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes, constatando expresamente que el mismo debe ser considerado como regla general, y nunca como excepción. Además, debe dejarse bien claro que la mentada obligación de no devolución de niños, niñas y adolescentes migrantes asumida por el Estado chileno aplica con independencia de que las violaciones graves de los derechos de esas personas sean imputables a actores no estatales o de que las amenazas o vulneraciones en cuestión sean premeditadas o consecuencia indirecta de la acción o inacción del Estado. Ni qué decir cabe, que a la luz tanto de la CDN como de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares deben quedar expresamente prohibidas las expulsiones colectivas de niños, niñas y familias migrantes.

2. Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares

Por lo que se refiere al retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares, la norma presenta una impor-

²² Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005*, Documento CRC/C/GC/6, párr. 77.

tante laguna legal tras la declaración de inconstitucionalidad de su artículo 132 por parte de la sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de enero de 2021 (rol 9930-2020).

De este modo, si bien es cierto que la versión original del precepto (que en su redacción primigenia correspondía al artículo 130 del entonces proyecto de ley)²³ determinaba que cualquier decisión relativa a la devolución de una persona menor de edad a su Estado de origen o residencia debía basarse, necesariamente, en los requerimientos de su interés superior, no precisaba, sin embargo, ni el mecanismo ni la autoridad —administrativa o judicial— encargada de dar contenido al mentado concepto jurídico indeterminado. Es decir, no se explicitaba con claridad, como ya se encargó de constatar la Corte Suprema en su informe del 19 de mayo de 2020 (Oficio 90-2020), si correspondía o no a los tribunales de familia dicha función, pues a tenor de lo estipulado en la Ley de Tribunales de Familia, se atribuye a estos órganos jurisdiccionales la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los niños, niñas y adolescentes.²⁴

Como reacción a esas críticas, la Comisión de Hacienda de la Cámara alta aprobó una indicación que proponía una nueva redacción para el artículo objeto de nuestro escrutinio —el ya artículo 132—, que otorgaba, ahora sí de manera explícita, a los tribunales de familia, a petición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes, la competencia exclusiva para acordar las medidas de protección a las que debían quedar sujetas las personas menores de edad no acompañadas o separadas de sus familias, siempre, por supuesto, atendiendo a su interés superior y habiendo tomado en consideración su derecho a ser escuchadas. En particular, correspondía a estos tribunales, si se consideraba como la opción más adecuada para dar respuesta al desarrollo y bienestar integral de esos niños, niñas y adolescentes, la potestad para decretar la medida de retorno asistido, la cual debía ser debidamente fundamentada, así como cabía su impugnación conforme a las previsiones recogidas en la normativa vigente aplicable a los procedimientos en que se adoptan medidas de protección respecto a cualquier niño, niña o adolescente.²⁵

²³ Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, *Boletín* 8970-06.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Oficio 90-2020 del 19 de mayo de 2020, Informe al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, pp. 10 y 11.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Oficio 149-2020 del 17 de agosto de 2020, Informe al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, pp. 9 y 10.

De igual modo, esa versión mejorada del artículo 132, emanada de la Comisión de Hacienda, asignaba a la autoridad encargada de la protección de las personas menores de edad, mientras se mantuviera pendiente de resolución por parte del órgano jurisdiccional familiar la decisión de retorno o no del niño, niña o adolescente no acompañado, la asunción de su cuidado y atención. Esto implica no únicamente atender a todas sus necesidades —ya sean materiales y/o psicológicas—, sino también mantenerlos informados de los derechos que les asisten y del estado de tramitación de su expediente de protección, al igual que iniciar inmediatamente las diligencias necesarias para que les sea concedido el correspondiente visado de residencia ante el Servicio Nacional de Migraciones, así como también iniciar los trámites de obtención de los documentos de identidad del país de origen en caso de no contar con ellos.

Ahora bien, a pesar de esa propuesta de nueva redacción del artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, cuando su texto fue sometido a la definitiva votación del pleno de la Cámara, el mismo no se tomó en consideración y se optó, concluyentemente, por la versión inicial del precepto, y fue precisamente esa alternativa la declarada atentatoria contra la Constitución Política de la República por parte del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su considerando centésimo quinto —Sentencia rol 9930-2020, del 29 de enero de 2021—, el artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería “se aleja de la certeza jurídica mínima”, pues encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, lo cual “contribuye a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad sobre la situación de las personas menores de edad no acompañadas”. Asimismo, el precepto en cuestión tampoco resolvía de manera acertada una discordancia que pareciera darse en el seno del articulado de la nueva Ley de Migración y Extranjería: por una parte, el mandato de no expulsión de estos niños, niñas y adolescentes, y, por otra, la previsión —e incluso el favorecimiento— de un tipo de retorno asistido hacia sus redes familiares, nacionales y afectivas. Bajo nuestro punto de vista, la única forma de superar esta dicotomía pasaría por regular un instrumento integral de asistencia, atención y protección de estos niños, niñas y adolescentes como lo que realmente son: personas gravemente vulneradas o amenazadas en sus derechos, con independencia de su nacionalidad y estatuto migratorio.²⁶

²⁶ En este sentido, Ceriani Cernadas, Pablo *et al.*, “Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América

En definitiva, el hecho de que la Ley 21.325 haya sido promulgada sin contener un procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus referentes familiares, pues el existente —artículo 132 del Proyecto de ley— no superó el filtro del Tribunal Constitucional, genera un riesgo evidente de vacío normativo. Lo afirmado, unido a la falta de articulación de esta norma migratoria con el Proyecto de Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, se nos antoja como una forma poco feliz de abordar esta situación de grave vulnerabilidad de los derechos de un grupo muy particular de niños, niñas y adolescentes. Una vez más, da la sensación que tras enunciar grandilocuentemente el principio del interés superior del niño y de la niña como uno de los elementos rectores e inspiradores, en este caso de la Ley de Migración y Extranjería (artículo 4o.), el legislador, llegado el momento de darle contenido y especificarlo, no toma en debida consideración los estándares internacionales que informan dicha cuestión.

V. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN —UNIDAD— FAMILIAR

Este principio, que se encuentra contenido tanto en la normativa nacional como en diversos tratados internacionales ratificados por el Estado chileno, también debe encontrar su debido acomodo en el articulado de la nueva Ley de Migración y Extranjería. Así, esta cláusula abstracta —llamada a concretarse caso por caso— no sólo está pensada para las familias nacionales, sino que su ámbito de aplicación debe extenderse, por supuesto, a todos los grupos familiares que se encuentren residiendo o transitando por el territorio nacional, sea cual fuere su situación en lo que respecta a la residencia o la nacionalidad.

La protección del derecho a vivir en familia exige a los Estados no únicamente el abstenerse de adoptar medidas que puedan generar la separación de un núcleo familiar u otro tipo de injerencia arbitraria en el mentado derecho, sino también la necesidad de intervenir de manera positiva —to-

Latina y el Caribe”, *Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*, Brasil, año 22, núm. 42, 2014, p. 22, nos recuerdan que la falta de políticas de reintegración efectiva con posterioridad a la devolución (lo que evidencia que no era la medida acorde a su interés superior), hacen que los niños, niñas y adolescentes continúen en la situación de vulnerabilidad de la que intentan salir a través de la migración.

mando las medidas oportunas— en pro del mantenimiento de la unidad familiar, incluyendo, como no podría ser de otro modo, la reunificación familiar. En otras palabras, se reserva a las administraciones públicas el deber de colaborar con la familia —migrante—, con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso que los progenitores, tutores, guardadores o personas a cargo cumplan, en las mejores condiciones posibles, con sus obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes.²⁷

En este sentido, la nueva Ley migratoria debiera venir a consolidar, positivar, si se quiere, la práctica ya iniciada por algunas sentencias de tribunales superiores de justicia, consistente en atribuir cada vez mayor relevancia a los vínculos de familia existentes para resolver acerca de las acciones de amparo presentadas por extranjeros frente a órdenes administrativas de expulsión. Siempre, por supuesto, que dichos lazos estén consolidados y sean debidamente acreditados.²⁸

Efectivamente, la jurisprudencia emanada durante los últimos años de ciertas cortes de apelaciones comienza a tomar en consideración los vínculos de familia entablados por extranjeros y su consecuente protección. No obstante, hay que reconocer que todavía no nos encontramos ante un criterio absolutamente afianzado por la jurisprudencia nacional, ya que siguen existiendo diversidad de fallos en los que el mentado principio cede debido a otros bienes jurídicos protegidos.²⁹

Al hablar de familia no debemos entender tan sólo su acepción más tradicional, circunscrita a la pareja y a sus hijos e hijas, pues también caen dentro del concepto del derecho a la vida familiar otros parientes, como los abuelos, tíos, primos, siempre que presenten lazos cercanos personales. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso concreto la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño.

²⁷ Ortega Velázquez, Elisa, *op. cit.*, nota 4, pp. 124-130, y Pinochet Olave, Ruperto y Ravetllat Ballesté, Isaac, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 44, 2015, pp. 76 y 77.

²⁸ Mondaca Miranda, Alexis, “La relevancia que las cortes de apelaciones del denominado Norte Grande han atribuido a los vínculos de familia de inmigrantes, para efectos de acoger las acciones de amparo que buscan revocar las órdenes de expulsión”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 587 y 588.

²⁹ Mondaca Miranda, Alexis, “La entidad de los vínculos de familia según la Corte Suprema de Chile, para efecto de revocar las resoluciones de expulsión de inmigrantes”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Colombia, núm. 33, 2017, pp. 237-250.

Parece evidente que en los casos en que se toma la decisión de expulsar a uno o ambos progenitores por circunstancias vinculadas con su estatus migratorio irregular se confrontan dos intereses legítimos: por un lado, la potestad del Estado de delinear su propia política migratoria, y, por otro, el derecho de la persona menor de edad a la protección de la familia y, en concreto, al disfrute de la vida en familia manteniendo la unidad familiar siempre que ello sea posible. Tal circunstancia debe llevar a las autoridades competentes en materia de extranjería, a tener que sopesar esos intereses en conflicto, así como a analizar si la medida de la expulsión se encuentra efectivamente contemplada para esos casos y cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Evidentemente, para realizar dicha ponderación es del todo imprescindible tomar en consideración los efectos perjudiciales sobre la vida, el bienestar y el desarrollo de un niño, niña o adolescente que la expulsión de sus familiares pudiera comportar, por lo que su interés superior se convierte en uno de los elementos centrales a valorar. De este modo, se impone a las autoridades migratorias la exigencia de realizar una adecuada y estricta evaluación tanto de los intereses estatales legítimos como de la mentada unidad familiar, correspondiendo determinar, caso por caso, que la decisión de expulsar a uno o ambos progenitores no suponga una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.³⁰ A tal fin deberá considerarse la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia en el país receptor; la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos y/o hijas de la persona que se pretende expulsar; el impacto

³⁰ En el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272, párr. 226, la CIDH recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, se considera que la decisión de las autoridades migratorias bolivianas de expulsar de su territorio nacional a la familia Pacheco Tineo —de nacionalidad peruana— por su calidad de extranjeros en situación irregular, sin tomar en consideración la particular situación de las personas menores de edad afectadas, se torna en una vulneración del artículo 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, precepto éste que conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños y niñas, sino también a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En definitiva, la separación de niños y niñas de su familia sólo puede acontecer si tal medida está debidamente justificada en su interés superior, es absolutamente excepcional y, en lo posible, temporal.

de la afectación que genera la ruptura familiar fruto de la expulsión, y el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o el niño si se altera su situación familiar.³¹ También es fundamental, a la hora de determinar el verdadero impacto que la medida de expulsión tiene sobre el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño o la niña afectados, darles a éstos la oportunidad de ser escuchados en función de su edad y estado de madurez, y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que suponga una expulsión de sus progenitores.

VI. DERECHO A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR

El derecho a la reunificación familiar aparece planteado y regulado en el artículo 19 de la Ley 21.325 como una facultad concedida al extranjero residente. En este sentido, la norma guarda silencio acerca de si se exigirá o no un periodo mínimo de permanencia en territorio nacional para poderlo hacer efectivo, y, por tanto, deberá esperarse a su desarrollo reglamentario para poder dar respuesta efectiva a dicha inquietud.

Asimismo, la Ley estipula que podrán ser reunificados el cónyuge o persona con la que se mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, padres, hijos e hijas menores de edad, hijos con discapacidad, hijos solteros menores de veinticuatro años que se encuentren estudiando y menores de edad que se hallen bajo su cuidado personal o curaduría.

Respecto al conviviente, al no establecerse ningún tipo de limitación al respecto, entendemos, conforme a la Ley 20.830 del 21 abril de 2015, que crea el Acuerdo de Unión Civil, que la institución de la reunificación familiar se extiende tanto al conviviente heterosexual como al homosexual, circunstancia ésta digna de ser resaltada y tomada en consideración.

Uno de los aspectos más llamativos de la forma como se regula la figura de la reunificación familiar en la nueva Ley de Migración y Extranjería es su absoluta falta de sintonía con un enfoque propio de los derechos de la niñez

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14..., *cit.*, párrs. 278 y 279.

y la adolescencia. Ciertamente, tan sólo se prevé esta institución como un derecho a ejercer por parte del extranjero —adulto— residente, sin que además la norma nos ofrezca excesivas pistas acerca de los requisitos específicos a acreditar; pero en ningún momento se aborda desde la perspectiva del derecho a vivir en familia reconocido a todo niño, niña o adolescente, y a la no injerencia arbitraria sobre la misma. Para suplir esta laguna legal hubiera sido necesario incorporar en el texto de la norma —artículo 19— una mención específica que estipulara una solicitud concreta a estos efectos, en virtud de la cual se tuviera acceso a un procedimiento claro, simple y expedito para hacer efectivo ese derecho a vivir en familia, muy especialmente cuando se trate de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares.³²

VII. REQUISITOS DE INGRESO Y SALIDA DEL PAÍS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El artículo 28 de la Ley 21.325 estipula que “los niños, niñas y adolescentes extranjeros deben ingresar al país acompañados por su padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal, o con autorización escrita de uno de ellos, del tribunal o la autoridad competente, según corresponda”. En este punto, no estaría de más, para evitar problemas que se vienen suscitando en la práctica, tanto para el ingreso como para la salida del país, que el precepto se hubiera hecho eco de la diversidad de realidades existentes en cuanto a la determinación de la filiación, pues ésta no siempre se encuentra establecida con respecto a ambos progenitores.

Por lo que a la salida del país de niños, niñas y adolescentes se refiere, el inciso tercero del mismo artículo 28 de la Ley prevé que las formalidades que deberán cumplirse son exactamente las mismas que las exigidas para su ingreso, y, acto seguido, aunque limitándolo únicamente para el caso de los niños, niñas y adolescentes que cuenten con permiso de residencia, remite a lo estipulado en el artículo 49 de la Ley 16.618, de Menores, disposición legal ésta, por cierto, cercana a ser derogada por la nueva estructura insti-

³² En una línea similar se pronuncia la Defensoría de la Niñez, Oficio 127/2019, que remite observaciones y recomendaciones institucionales relativas al *Boletín* 8970-06, *Boletín* 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, 2019, Santiago, p. 11.

tucional en materia de infancia y adolescencia.³³ Asimismo, el inciso cuarto del citado artículo 28 complementa lo apuntado fijando que

...si las personas competentes para autorizar la salida del país de niños, niñas y adolescentes extranjeros —se sobrentiende que regulares— no pudieren o no quisieren otorgarla, ésta podrá ser concedida por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del niño, niña o adolescente. Igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, en aquellos casos en que no se encuentren las personas señaladas en el inciso primero de este artículo.

En nuestra opinión, la redacción del precepto es un tanto confusa y contradictoria, y nos suscita diversas inquietudes. En primer término, no nos parece la mejor técnica legislativa la del reenvío a artículos concretos de leyes específicas que pueden ser, como en el presente supuesto, modificadas o dejadas sin efecto en un futuro más o menos cercano. Además, ni el Proyecto de Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (*Boletín* 10.315-18) ni la Ley 21.302 del 5 de enero de 2021, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, que son precisamente las que vienen a dejar sin efecto la Ley de Menores, se pronuncian al respecto, lo que puede desembocar en un venidero vacío legal acerca de la cuestión. En segundo lugar, tampoco alcanzamos a comprender las razones que explicitan la restricción de la remisión a los niños, niñas y adolescentes extranjeros con permiso de residencia, y que venga a ser luego el inciso cuarto *in fine* del propio artículo 28 el que tome en consideración la realidad de las personas menores de edad en situación migratoria irregular. Más aún cuando para este último supuesto la misma norma estipula que “igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, en aquellos casos en que no se encuentren las personas señaladas en el inciso primero de este artículo”. El trato diferenciado dado a las personas menores de edad atendiendo a su situación migratoria no parece tener justificación alguna,

³³ Astudillo Meza, Constanza, “Criterios jurisprudenciales en el derecho de familia chileno para fundamentar la autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes y su relación con el principio del interés superior de éstos y con la familia extendida”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Colombia, núm. 39, 2020, pp. 397-407.

además de contradecir lo dispuesto en el artículo 4o. de la nueva Ley de Migración y Extranjería.

Finalmente, también hay que poner especial énfasis al inciso segundo del artículo 28 de la Ley, que contempla el caso de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados al momento de ingresar al país, o que, disponiendo de compañía, no cuenten con la autorización descrita en el párrafo primero del propio artículo 28 o con documentos de viaje, en cuyo caso no podrán ser expulsados, y les será de aplicación el procedimiento de retorno asistido. Pues bien, de la interpretación de esta disposición parece extraerse, tal como ya puso de manifiesto la Corte Suprema, que la norma sólo prevé la prohibición de expulsión de los niños, niñas y adolescentes, pero en cambio no se pronuncia acerca de la particular situación de aquellos niños, niñas y adolescentes a los que se les prohíba el ingreso a territorio nacional conforme a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley de Migración y Extranjería, o de aquellos que podrían ser reembarcados, reconducidos o sujetos a devolución inmediata por la autoridad policial en frontera, a tenor de lo estipulado en el artículo 131 de la propia norma.³⁴ Dicha omisión, o lectura restrictiva del principio de no devolución, contraviene las disposiciones contenidas en la CDN (artículos 3o. y 6o.), así como la valoración que de ellas han efectuado el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.³⁵

VIII. VISA DE RESIDENCIA TEMPORAL PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EXTRANJEROS

En este punto, la Ley de Migración y Extranjería mantiene un *statu quo* muy similar al ya existente en el país desde 2017, fecha desde la cual se encuen-

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Oficio 149-2020 del 17 de agosto de 2020, Informe al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, p. 11.

³⁵ En este sentido se manifiestan, el Comité de los Derechos del Niño, *Observación general* núm. 6..., *cit.*, nota 22, párr. 13; el Comité de los Derechos del Niño, *Observación general* núm. 22..., *cit.*, nota 6, párr. 46, y el Comité de los Derechos del Niño, *Observación general* núm. 23, *sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017*, Documento CRC/C/GC/23, párr. 13. En esa misma línea, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14..., *cit.*, nota 9, párr. 170.

tra vigente en Chile una visa de residencia temporaria para niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación migratoria irregular —exenta del pago de tasas de expedición— que es entregada con independencia de la situación migratoria de los representantes legales, y cuyos beneficios no se extienden al grupo familiar de referencia de la persona menor de edad.³⁶ Se añade a lo anterior que al tratarse de una visa de residencia temporaria, su duración es de un año, finalizado el cual se puede instar una prórroga por idéntico periodo de tiempo o solicitar la permanencia definitiva.

Pues bien, la Ley 21.325 recoge en su artículo 41 tal posibilidad, circunstancia ésta que, *a priori*, nos parece positiva, pues legaliza, si se nos permite la expresión, un subtipo de visado de residencia temporal pensado para niños, niñas y adolescentes, que hasta antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Migración y Extranjería únicamente encontraba su cabida en una disposición de carácter administrativo, con los riesgos que ello conllevaba.

Apuntado lo anterior, la literalidad del precepto en cuestión nos arroja diversas inquietudes, que nos hacen temer la pérdida de una ocasión singular para dar verdadero sentido y contenido a los principios y al articulado dimanante de la CDN.

Una de las primeras cuestiones que atraen nuestra atención es la relativa a quién se otorga la legitimación activa para requerir la tramitación de este tipo de visado de residencia temporal. Efectivamente, tan sólo podrán solicitar su diligenciamiento el “padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal”. En este punto, la norma se aparta claramente del principio de la autonomía progresiva (artículo 5o. de la CDN), y no reconoce al niño, niña y adolescente como sujeto con aptitudes intelectivas y volitivas suficientes para instar por sí el curso de la citada petición. Sobre esto, consideramos que hubiera sido conveniente introducir una presunción *iuris tantum* tendente a reconocer que las personas con catorce años cumplidos —adolescentes en la terminología del Proyecto de Ley de garantías y protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia— ostentan la capacidad suficiente para iniciar personalmente los trámites de petición o renovación de sus respectivos visados de residencia temporal. Es decir, que junto con la legitimación activa de “padre, madre, guardador o

³⁶ Véase, en este sentido, la Circular 16 del 26 de julio de 2017, del Departamento de Extranjería y Migración, que instruye sobre visación temporaria para niños, niñas y adolescentes.

persona encargada de su cuidado personal”, debería añadirse, además, la del sujeto adolescente respecto al cual se presumirá, salvo prueba en contrario, plena capacidad de ejercicio.

Un segundo aspecto a resaltar del mencionado artículo 41, que se repite en sus incisos segundo y sexto, es que tras reiterar que el permiso de residencia temporal se otorgará al niño, niña o adolescente extranjero con independencia de la situación migratoria del padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal, acto seguido se agrega que “este visado no será extensible a los miembros del grupo familiar, guardador o persona encargada de su cuidado personal que se encuentren en situación migratoria irregular”. Bajo nuestro punto de vista, esta última previsión es ciertamente contradictoria con el inciso primero del propio artículo, pues en aquél se deja bien claro la absoluta dependencia del niño, niña o adolescente respecto a sus representantes legales —sólo ellos, recordemos, tienen la potestad para iniciar los trámites—; en cambio, una vez alcanzado el objetivo final —obtención de la correspondiente visa—, se desliga por completo al niño, niña o adolescente, ya regularizado, de su contexto familiar, pareciendo, entonces sí, otorgarle plena autonomía. Entendemos que para otorgar verdadera protección a las personas menores de edad migrantes, y dar respuesta así al principio de su interés superior, la norma como regla general tendría que dar plena cobertura a la familia del niño, niña o adolescente. No en vano la propia Constitución Política de la República reconoce en su artículo 1o. a la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad”, y es deber del Estado dar protección y propender a su fortalecimiento.

A mayor abundamiento, no podemos olvidar que el derecho a vivir en familia del niño, niña o adolescente implica

...no solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida en familia.³⁷

En tercer lugar, el artículo 41 de la Ley migratoria se refiere al caso de los niños, niñas y adolescentes que concurran a solicitar el permiso sin

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párrs. 66 y 264.

encontrarse acompañados por alguno de los adultos referentes a los que ya hemos aludido en párrafos anteriores, en cuyo caso “se pondrán los antecedentes a disposición de la autoridad encargada, conforme a la legislación vigente, de la protección de niños, niñas y adolescentes a objeto de resguardar sus derechos”, así como que “se procederá de igual forma en el evento de no existir certeza acerca de la identidad y mayoría de edad de un extranjero”. Sin evidenciarlo con claridad, parece que en este inciso se están describiendo a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familiares; por ende, no hubiera estado de más traslucirlo para evitar posibles equívocos.

Finalmente, y con la intención de informar, sensibilizar, detectar, canalizar y acompañar posibles situaciones de niños, niñas y adolescentes migrantes en situación irregular que pudieran verse beneficiados por este permiso de residencia temporal, echamos de menos una indicación en el artículo 41 de la Ley que atribuya esta importante tarea a las oficinas locales de niñez (en adelante, OLN).³⁸

De acuerdo con la nueva estructura institucional en materia de derechos de la infancia y la adolescencia —prevista en el Proyecto de Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia—, estas OLN, que deben ser creadas por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, están llamadas a convertirse en el epicentro del sistema de protección pública administrativa de las personas menores de edad. Estos órganos locales con competencias en una comuna o agrupación de ellas, a lo largo de todo el territorio nacional, deben erigirse en los encargados de la protección administrativa tanto general —o universal— como especializada de los derechos de la niñez y la adolescencia. En suma, es precisamente en

³⁸ Las oficinas locales de niñez vienen a superar a las oficinas de protección de derechos —OPDs— que, si bien en teoría debían facilitar e impulsar el desarrollo institucional de sistemas locales de protección de la infancia y la adolescencia, en un territorio determinado, en la práctica, debido a la alta demanda de trabajo de estas oficinas, no han podido desarrollar todas las líneas de intervención que le fueron encomendadas por la Ley 20.032, en especial la línea preventiva. Por ello, nos parece de suma importancia que las funciones de las nuevas OLN sean reformuladas para conseguir que desplieguen una función preventiva con las familias e inicien también campañas a nivel local de promoción y sensibilización acerca del respeto y desarrollo de los derechos de la niñez y la adolescencia, así como de sus capacidades. En idéntica línea se pronuncia Retamal Retamal, Alejandra, *Atención de la infancia vulnerable en Chile: diagnóstico sobre su institucionalidad y propuestas de mejoras*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, Cuadernos de Trabajo del Centro UC de la Familia, núm. 1, pp. 62 y 63.

virtud de esas atribuciones que las OLN han de velar por el bienestar y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes extranjeros que puedan encontrarse en situación de irregularidad administrativa, y no estaría de más que el artículo 41 de la Ley así nos lo hubiera recordado, conectando, además, de este modo, la normativa migratoria con la específica de niñez.

IX. PRESTACIONES SOCIALES NO CONTRIBUTIVAS Y SUS EFECTOS SOBRE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

En el marco normativo existente en la actualidad en Chile, y parece que una vez en vigor la Ley 21.325 se mantendrá exactamente esa misma situación, para ser beneficiario o beneficiaria de la asistencia que confiere el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en el marco de sus políticas de protección social, es condición *sine qua non* la inscripción en el Registro Social de Hogares (RSH). *A priori*, tal requisito no parece evidenciar mayores inconvenientes. Ahora bien, una aproximación a éste desde la perspectiva de los núcleos familiares integrados por personas migrantes —y para el caso objeto de nuestro análisis que cuenten con niños, niñas o adolescentes—, que no ostenten una cédula de identidad vigente, la cuestión se torna de vital importancia.

El problema radica en que para proceder a darse de alta en dicha base de datos es necesario que la jefatura de hogar sea titular de una cédula nacional de identidad vigente. Pensemos pues en un niño, niña o adolescente que, incluso teniendo la nacionalidad chilena, depende de la regularidad migratoria de sus progenitores —o adultos referentes que ostenten su cuidado personal—; así, si éstos se encuentran en situación migratoria irregular, no contando con un Rol Único Nacional (RUN), es materialmente imposible incorporarse en el citado Registro y con ello tener la opción de postular a las ayudas ofertadas.

Tal eventualidad se torna en una clara vulneración del artículo 26 de la CDN, en el que se estipula que los Estados parte reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social. Ese mismo precepto, además, en su inciso segundo, nos recuerda que “las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño”; todo ello, por supuesto, sin tomar en consideración la condición

migratoria del niño, niña o adolescente o la de sus progenitores o personas responsables.

Pues bien, la Ley de Migración y Extranjería, lejos de resolver el nudo gordiano suscitado en la práctica por la política social desarrollada en materia de migración por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, ahonda, e incluso hace más grave, la cuestión relativa a la exclusión de las familias migrantes, ya no sólo de aquellas que se encuentren en situación de irregularidad administrativa, sino incluso de las regulares con un periodo de permanencia inferior a los veinticuatro meses en territorio chileno.³⁹

En este sentido, condicionar el acceso a las prestaciones y beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas,⁴⁰ a las personas que tengan resuelta su condición migratoria, es decir, que sean residentes regulares, ya sea en calidad de titular o dependiente, y que además hayan permanecido en Chile, de manera continua, por un periodo mínimo de veinticuatro meses, tal y como lo prevé el artículo 16 de la Ley 21.325, supone una clara forma de discriminación que no tiene justificación alguna, más si se considera que el acceso a este tipo de prestaciones sociales se vincula con la verificación de una necesidad o situación de vulnerabilidad. Dejar fuera de la red de protección social que debe brindar el Estado a personas o familias por su mera condición migratoria es contrario a los estándares internacionales suscritos por Chile.⁴¹

Para el caso de personas migrantes que se encuentren en la situación descrita en el párrafo anterior con hijos y/o hijas menores de edad a cargo,

³⁹ Arellano considera que este tipo de políticas de exclusión de determinados colectivos de personas de prestaciones sociales es contraproducente para toda la población de un Estado, tanto la nacional como la extranjera. Arellano Ortiz, Pablo, “Prestaciones no contributivas de los trabajadores migrantes: un desafío pendiente en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Chile, año 20, núm. 2, 2014, pp. 480 y 481.

⁴⁰ Nos referimos a transferencias monetarias directas no contributivas que otorga el Estado a grupos familiares en situación de especial vulnerabilidad (por ejemplo, asignación familiar y subsidio único familiar) y en situaciones extremas (como sería el ingreso familiar de emergencia).

⁴¹ Tal como destaca el Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca, la inclusión social es un concepto que implica tener acceso a mínimos de bienestar y de protección por parte de la población aludiendo a la titularidad efectiva de ciudadanía política, civil y social. Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca, *Derechos e inclusión social de inmigrantes latinoamericanos y del Caribe en Chile*, Chile, Universidad de Talca, 2020, p. 5.

la situación se complica aún más, puesto que quedar excluidas por su condición migratoria de las prestaciones sociales redundaría en una grave vulneración de los derechos reconocidos a esos niños, niñas y adolescentes.

En declaración conjunta efectuada por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 2017, se pone de manifiesto la preocupación de ambos órganos de expertos de las Naciones Unidas por los efectos, directos e indirectos, que pueden tener sobre la vida, la supervivencia y el desarrollo integral de esos niños y niñas las políticas o prácticas de los Estados tendientes a denegar o restringir derechos básicos, como los derechos laborales y otros derechos sociales, a los migrantes adultos debido a su nacionalidad o estatus residencial.⁴²

X. CONCLUSIONES

La invisibilidad endémica que padece la niñez y la adolescencia migrante en Chile no parece encontrar respuesta en el contexto sociojurídico vigente en la actualidad. Lo anterior exige reformas de gran calado que sitúen, de una vez por todas, a las personas menores de edad en el centro del sistema, particularmente a aquellas que se encuentran en especial condición de vulnerabilidad. Dicho ello, no parece que la nueva Ley de Migración y Extranjería ofrezca una respuesta efectiva a tales problemáticas desde la perspectiva de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia migrante. Una vez más, el principio del interés superior del niño y la niña, a pesar de estar contenido expresamente en la literalidad de la norma (artículo 4o.), no encuentra claras manifestaciones y concreciones en aquellos preceptos de la Ley llamados a incidir en el devenir diario de los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado chileno y de sus familias.

En efecto, al desconocer las motivaciones, formas de migrar, experiencias —de origen, tránsito y destino—, desafíos y roles de los niños, niñas y adolescentes migrantes se omite su perspectiva y se les concibe única y exclusivamente como unos seres dependientes, ocasionales, e incluso como cargas dentro de los procesos de movilización de adultos. Ello implica que

⁴² Comité de los Derechos del Niño, *Observación general núm. 22...*, cit., nota 6, párr. 44.

su visión es silenciada, y el único papel que se les reconoce es el de integrantes —invisibles— de las familias que migran.

En suma, una política migratoria sería y eficaz, con enfoque de derechos de la niñez, no se alcanza con la incorporación de uno o varios preceptos de nuevo cuño plagados de principios muy loables, pero frecuentemente superfluos e innecesarios. Por el contrario, consideramos que la única forma válida y eficaz de lograr este objetivo es procurando una regulación metódica y coherente que venga a normalizar y transparentar el galimatías normativo existente en torno a la realidad de los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado chileno.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy, “Vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes. El caso chileno”, en Pontificia Universidad Católica del Perú (ed.), *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, “Prestaciones no contributivas de los trabajadores migrantes: un desafío pendiente en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Chile, año 20, núm. 2, 2014.
- ASTUDILLO MEZA, Constanza, “Criterios jurisprudenciales en el derecho de familia chileno para fundamentar la autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes y su relación con el principio del interés superior de éstos y con la familia extendida”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, núm. 39, 2020.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia”, en LEPIN MOLINA, Cristian y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (coords.), *Estudios de derecho familiar I*, Chile, Thomson-Reuters, 2016.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, *Ius et Praxis*, Chile, vol. 19, núm. 2, 2013.
- CARVACHO, Pablo, *Estudio exploratorio de caracterización de niños, niñas y adolescentes migrantes de América Latina y el Caribe y sus familias en Chile*, Chile, Centro de Estudios Justicia y Sociedad, 2020.

- CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS MIGRATORIOS DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA, *Derechos e inclusión social de inmigrantes latinoamericanos y del Caribe en Chile*, Chile, Universidad de Talca, 2020.
- CEPEDA VALDÉS, Sebastián, “¿Es posible la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? Notas a propósito de la vulnerabilidad de la niñez migrante ante la jurisprudencia nacional de acciones de amparo del año 2019”, *Señales*, Chile, núm. 21, 2019.
- CERIANI CERNADAS, Pablo *et al.*, “Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe”, *Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*, Brasil, año 22, núm. 42, 2014.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017*, Documento CRC/C/GC/22.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 23, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017*, Documento CRC/C/GC/23.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1o. de septiembre de 2005*, Documento CRC/C/GC/6.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, 30 de octubre de 2015*, Documento CRC/C/CHL/CO/4-5.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Masacres del Río Negro vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, sobre derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Oficio 149-2020, del 17 de agosto de 2020, Informe al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Oficio 90-2020, del 19 de mayo de 2020, Informe al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, Oficio 127/2019, remite observaciones y recomendaciones institucionales relativas al *Boletín* 8970-06, *Boletín* 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Chile, 2019.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, en QUESILLE VERA, Anuar (coord.), *Constitución Política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Chile, Unicef, 2017.
- GODOY HENRÍQUEZ, Yasna, “El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes irregulares en Chile”, en MONDACA MIRANDA, Alexis y AEDO BARRENA, Cristian (coords.), *Estudios de derecho de familia IV*, Chile, Thomson Reuters, 2019.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Informe sobre matrícula de estudiantes extranjeros en Educación Superior. Matrícula 2018*, disponible en: https://bibliotecadigital.mineduc.cl/bitstream/handle/20.500.12365/4614/extranjeros_ed_supchile_2018.pdf?sequence=1&jsAllowed=y (consultado el 27 de septiembre de 2020).
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022*, Chile, Mineduc, 2018.
- MONDACA MIRANDA, Alexis, “La entidad de los vínculos de familia según la Corte Suprema de Chile, para efecto de revocar las resoluciones de

- expulsión de inmigrantes”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, núm. 33, 2017.
- MONDACA MIRANDA, Alexis, “La relevancia que las cortes de apelaciones del denominado Norte Grande han atribuido a los vínculos de familia de inmigrantes, para efectos de acoger las acciones de amparo que buscan revocar las órdenes de expulsión”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 15, núm. 2, 2017.
- O’MAHONY, Conor, “The Case for Constitutionalizing Children’s Rights”, en DWYER, James (ed.), *The Oxford Handbook of Children and the Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2020.
- Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niños, niñas y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, *Ius et Praxis*, Chile, año 25, núm. 3, 2019.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, núm. 44, 2015.
- RETAMAL RETAMAL, Alejandra, *Atención de la infancia vulnerable en Chile: diagnóstico sobre su institucionalidad y propuestas de mejoras*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, Cuadernos de Trabajo del Centro UC de la Familia, núm. 1.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, núm. 84, 2008.
- RIZIK MULET, Lucía, “La responsabilidad parental y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en MONDACA MIRANDA, A. y AEDO BARRENA, C. (coords.), *Estudios de derecho de familia IV*, Chile, Thomson-Reuters, 2019.
- ROJAS MESINA, Óscar Patricio, *Manual de mitos y realidades sobre la migración en Chile*, Chile, Friedrich Ebert Stiftung, 2019.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, núm. 49, 2015.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “El derecho de la persona menor de edad hacia una disciplina autónoma desde el derecho civil”, en CABEDO MALLOL, Vicente y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, España, Tirant lo Blanch, 2016.

YÁÑEZ ESPINOZA, Manuel, “Niñez y migración: comentarios a la propuesta de reforma legal en Chile”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, España, núm. 19, 2020.

Práctica internacional mexicana

Entra en vigor el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, hecho en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018

Azucena Sahagún Segoviano*
Gabriel Ferrer Ortega**

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, mejor conocido como “Acuerdo de Escazú”, se abrió a firma para los países de la región el 27 de septiembre de 2018, en el marco de las Jornadas de los Tratados convocadas anualmente por la Organización de las Naciones Unidas. En dicho evento, el entonces canciller mexicano lo suscribió *ad referendum*, para totalizar 14 países firmantes en ese día.¹

Dentro del trámite constitucional, el Acuerdo de Escazú fue aprobado por el Senado de la República el 5 de noviembre de 2020, y el instrumento

* Secretaría de Relaciones Exteriores, México; azucenamsase@gmail.com.

** Servicio Exterior Mexicano, México; ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0034-0104>, gaboferrer@gmail.com.

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no representan la posición oficial de las instituciones a las que pertenecen.

¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Catorce países firman en la sede de la ONU tratado de nueva generación sobre acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales”, Comunicado de Prensa del 27 de septiembre del 2018, disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/catorce-paises-firman-la-sede-la-onu-tratado-nueva-generacion-acceso-la-informacion-la>.

de ratificación fue depositado ante el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas el 22 de enero de 2021. Al haberse cumplido el número de vinculaciones necesarias para la entrada en vigor, el 22 de abril de 2021 se publicó el Decreto Promulgatorio² en el *Diario Oficial de la Federación*, fecha en que inició sus efectos para Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y Uruguay.

El Acuerdo de Escazú tiene como primicia constituir el primer tratado concluido bajo los auspicios de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)³ de las Naciones Unidas, lo que confirma la dimensión del multilateralismo para hacer frente a problemáticas que aquejan a la región, y refleja el interés de avanzar en la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible, el acceso a la información oportuna y adecuada, así como la protección de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Aquí bien puede señalarse que este instrumento multilateral sobre medio ambiente abona en la consolidación de principios generales del derecho ambiental, materia que se encuentra en ayuno de un tratado universal como podría encontrarse en otras materias como el derecho del mar.

Pues bien, el Acuerdo de Escazú se sustenta en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que establece el deber de los Estados de facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población en cuestiones ambientales, poniendo a su alcance la información correspondiente y proporcionando acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos que incluyan la reparación del daño.

De igual modo, el Acuerdo de Escazú es congruente con la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río, formulada por los países de América Latina y el Caribe en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro

² Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616505&fecha=22/04/2021.

³ Cabe señalar que la mexicana Alicia Bárcena asumió el puesto como secretaria ejecutiva de la CEPAL el 1o. de julio de 2008, después de haberse desempeñado como secretaria general adjunta de gestión en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y de haber cumplido como jefa de gabinete y jefa adjunta de gabinete de Kofi Annan, entonces secretario general de las Naciones Unidas.

en 2012 (Río+20), mediante la cual los gobiernos de Chile, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, se comprometieron a avanzar en la elaboración de un instrumento regional en materia de derecho de acceso a la información, participación y justicia ambiental, con el apoyo de la CEPAL, como Secretaría Técnica.⁴

Habiendo señalado los antecedentes de creación de este instrumento multilateral, debe precisarse que el objetivo del Acuerdo de Escazú es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Para tal propósito, el Acuerdo de Escazú incorpora directrices tendientes a que las partes impulsen y promuevan —de conformidad con su legislación nacional y en la medida de los recursos disponibles— la transparencia, la participación del público, así como el acceso a instancias judiciales y administrativas vinculado con ámbitos como el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de las tierras y el cambio climático, además del aumento de la resiliencia en caso de desastre.

Asimismo, el Acuerdo se guía bajo los principios generales del derecho: igualdad y no discriminación; transparencia y rendición de cuentas; no regresión y progresividad; buena fe; preventivo; precautorio; equidad intergeneracional; máxima publicidad; soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales; igualdad soberana de los Estados, y *pro persona*. Es importante la guía de estos principios, pues como comentamos previamente, en materia ambiental no existe un instrumento multilateral, a nivel de tratado, que los consagre con aspiraciones universales. En ello primordialmente recae la trascendencia del instrumento en comento, que busca propiciar en los Estados de la región un mayor compromiso ambiental y de derechos humanos.

⁴ El texto final es resultado de una fase preparatoria de dos años (2012-2014, en que se celebraron cuatro reuniones de los puntos focales de los países signatarios de la Declaración de Río+20, así como catorce encuentros de grupos de trabajo) y de nueve reuniones del Comité de Negociación del Acuerdo de Escazú, en el que existió una participación significativa del público de conformidad con el Plan de Acción aprobado en 2013.

En tal virtud, el Acuerdo complementa diversos tratados de los que el Estado mexicano es parte contratante en materia de derechos humanos⁵ y debe señalarse que el marco jurídico mexicano sirvió como referente para la consolidación de múltiples artículos del Acuerdo de Escazú, por lo cual durante las reuniones del Comité de Negociación se compartieron propuestas, experiencias y buenas prácticas.⁶

Este instrumento multilateral, pionero en materia de protección ambiental, también es un tratado de derechos humanos. Su principal beneficiario es la población de la región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables, en favor de quienes se garantiza el acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a efecto de promover su participación en la toma de decisiones que afectan sus vidas y entorno.

Además, el Acuerdo de Escazú aborda aspectos fundamentales de la gestión y la protección ambientales desde una perspectiva regional, y regula los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en ámbitos tan importantes como el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la degradación de

⁵ Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 17 de noviembre de 1988; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 5 de junio de 1992; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada el 9 de mayo de 1992; el Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptado el 11 de diciembre de 1997; el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado el 29 de octubre de 2010, y el Acuerdo de París, adoptado el 12 diciembre 2015.

⁶ Además de la propia Constitución mexicana, se tomaron como referencia la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y su Reglamento, la Ley General de Víctimas, la Ley General de Cambio Climático, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la Ley Federal de Consulta Popular, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas y su Reglamento, entre otros ordenamientos.

las tierras y el cambio climático, así como la resiliencia ante los desastres naturales. También incluye la primera disposición vinculante del mundo sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales.

A través de la transparencia, la apertura y la participación, el Acuerdo de Escazú pretende contribuir a la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo, y hacer frente a la ineficiente e insostenible cultura de intereses limitados y fragmentados que impera en la región.

Es relevante considerar que, si bien el artículo 13 del Acuerdo de Escazú establece el compromiso de las partes para facilitar medios de implementación encaminados a cumplir con las disposiciones de este instrumento internacional, es de carácter progresivo, ya que está sujeto a las posibilidades y prioridades nacionales de las partes.

Por lo que se refiere al Fondo de Contribuciones Voluntarias mencionado en el artículo 14, es necesario precisar que la participación en el mismo es de carácter facultativo y, en consecuencia, no existe obligatoriedad para realizar aportaciones. Más aún, las condiciones de funcionamiento del Fondo serán establecidas por la Conferencia de las Partes, cuya primera reunión se realizará un año después de la entrada en vigor del Acuerdo (22 de abril de 2022).

Al vincular los marcos mundiales y nacionales en los temas que prevé, el Acuerdo de Escazú establece estándares regionales, promueve la creación de capacidades —en particular, a través de la cooperación Sur-Sur—, sienta las bases de una estructura institucional de apoyo, además de que ofrece herramientas para mejorar la formulación de políticas y la toma de decisiones.

Asimismo, este instrumento multilateral contribuye a luchar contra la desigualdad y la discriminación, así como a garantizar los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, dedicando especial atención a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y colocando la igualdad en el centro del desarrollo sostenible.

Cabe resaltar que, para robustecer la instrumentación del Acuerdo, se prohibió la formulación de reservas (artículo 23). Sin embargo, es posible formular declaraciones interpretativas sobre aspectos específicos, con la finalidad de precisar o aclarar el sentido o alcance de algunas de sus disposiciones.

En el caso mexicano, las declaraciones interpretativas giraron en torno al artículo 5o., párrafo 2, inciso b), para precisar el alcance de la frase “en

forma expedita”, e igualmente para aclarar que los términos “daño” y “daño significativo”, serán entendidos al amparo del Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental.

Puede concluirse que el Acuerdo de Escazú es un paso importante para la región y para la consolidación de los principios del derecho ambiental internacional, así como un instrumento que robustece las obligaciones ambientales y de derechos humanos de las partes en su legislación interna. Aun cuando puede asumirse que las obligaciones derivadas del Acuerdo de Escazú ya están contempladas en el marco jurídico mexicano, la vinculación reitera el compromiso ambiental y de derechos humanos para las partes y la región misma. Creemos que incorporarse a esquemas internacionales de protección ambiental contribuye a evitar la “ceguera de taller” que podrían tener las legislaciones nacionales, al buscar uniformar los ordenamientos a un estándar internacional alto, bajo un esquema de cooperación y comparación de buenas prácticas.

México nuevamente miembro no permanente del Consejo de Seguridad

Manuel Becerra Ramírez*

México ocupa, durante dos años, ahora el puesto de miembro no permanente del Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas, para el cual fue elegido el 17 de junio de 2020 en la Asamblea General de la misma organización internacional. Para su elección, México contó con el apoyo unánime del Grupo Regional de América Latina y el Caribe, con 187 votos y 5 abstenciones. México llega nuevamente al CS, por quinta vez, con una experiencia ganada después de haber estado en varias ocasiones (1946; 1981-1982; 2002-2003 y 2009-2010). Durante el primer año los miembros no permanentes del CS serán: Estonia, India, Irlanda, Kenia, México, Níger, Noruega, San Vicente y las Granadinas, Túnez y Vietnam que sesionarán junto con los cinco miembros permanentes (Estados Unidos, Rusia, Reino Unido de la Gran Bretaña, Francia y China).¹

Las prioridades de México en el CS serán:

- Preservar la dignidad de las personas;
- Privilegiar la mediación;
- Proteger a los civiles en los conflictos armados;
- Defender al Estado de derecho; incorporar una perspectiva de género;

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>, manuelbramirez5@hotmail.com.

¹ Al respecto, consúltese: Vautravers-Tosca, Guadalupe y González-Valencia Agenor, “La membresía de México en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v19n58/v19n58a5.pdf> (fecha de consulta: 29 de noviembre del 2021).

- Mejorar los métodos del CS;
- Promover el derecho internacional;²
- México encuentra en el CS una agenda robusta de problemas globales como lo manifiesta el representante de México ante la ONU, Juan Ramón de la Fuente;³
- El programa nuclear norcoreano;
- La situación en el Medio Oriente, la cual ha sido un tema constante en la agenda del CS (la “reciente propuesta del gobierno israelí sobre los territorios de Cisjordania ha sido rechazada por una amplia mayoría, pero el conflicto no deja de representar una amenaza para la paz en la región”). El argumento contundente es que la propuesta resulta contraria al derecho internacional;
- La situación en Afganistán;
- La situación en Myanmar;
- Los conflictos derivados de la Primavera Árabe;
- Los temas africanos (los cuales ocupan más del 50% de la agenda del CS);
- El tema de Haití;
- El tema de Colombia con la aplicación del Acuerdo de Paz en 2016, que no ha sido un proceso desprovisto de conflictos;
- La situación de Venezuela, respecto de la cual “México favorece, con pleno apego al derecho internacional, una salida pacífica, política y negociada ante las divisiones existentes en la sociedad venezolana, privilegiando siempre el acceso a la asistencia humanitaria”.

Por otra parte, también es destacable que al mismo tiempo que México participa en el Consejo de Seguridad, simultáneamente lo hará en las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas.

Es decir, la posición de México es de carácter legalista; además, como lo recuerda el presidente Andrés Manuel López Obrador, “no es casual que en uno de los accesos a la Asamblea General se encuentre el mármol esculpido en el que puede leerse con claridad: «Entre los individuos como entre las

² Disponible en: <https://mision.sre.gob.mx/onu/index.php/mexico-en-el-consejo-de-seguridad> (fecha de consulta: 29 de octubre del 2021).

³ Fuente, Juan Ramón de la, “México regresa al Consejo de Seguridad”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, julio de 2020, disponible en: <https://revistafal.com/mexico-regresa-al-consejo-de-seguridad/> (fecha de consulta: 29 de octubre del 2021).

naciones el respeto al derecho ajeno es la paz»⁴, y con la insistencia de que México encuentra la base constitucional de su política exterior en los principios contenidos en el artículo 89 fracción X.⁵

Quizá el acento se vea en su carácter preventivo, ya que se habla de “privilegiar la mediación”; es decir, recurrir al capítulo VI de la Carta de San Francisco, que sabemos se refiere a los métodos pacíficos de solución de controversias.

Llama la atención que no se aproveche la oportunidad de elevar a la agenda global el problema del narcotráfico, que es un problema indudablemente de carácter global en donde los países del norte son grandes consumidores de drogas y, al mismo tiempo, la fuente de los fondos financieros que sostienen el millonario negocio de las drogas y del armamento que sustenta la acción armada de los narcotraficantes.

Tampoco se nota la importancia de la salud como una cosa pública mundial, lo cual es una de las lecciones que nos deja la pandemia por Covid-19 y que México ha impulsado en la Asamblea General de la ONU. En efecto, México promovió la Resolución adoptada por consenso de los 193 miembros de la Asamblea General de la ONU el pasado 20 de abril 2020, intitulada “Cooperación internacional para asegurar el acceso mundial a los medicamentos, las vacunas y el equipo médico con los que hacer frente a la Covid-19” (“International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face Covid-19”).⁶

Esto es muy importante, pues sería una muestra de que el CS ha evolucionado en su concepto de seguridad internacional, ya que la pandemia por Covid-19 nos ha enseñado que la paz y la seguridad internacional no sólo dependen del estallamiento de conflictos bélicos; que más que una pandemia global que ha afectado la vida y la economía, y ha puesto en entredicho la forma de vida que ha adoptado el ser humano.

⁴ *Idem.*

⁵ Artículo 89 constitucional, fracción X: “...en la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.

⁶ Disponible en: <https://www.un.org/pga/74/2020/04/20/international-cooperation-to-ensure-global-access-to-medicines-vaccines-and-medical-equipment-to-face-covid-19-2/> (fecha de consulta: 23 de abril de 2020).

Son dos años en lo que estará México como miembro del CS; es poco tiempo y muchos retos por delante. Además, es un lugar privilegiado para la promover la candidatura del embajador Juan Manuel Gómez Robledo a la Corte Internacional de Justicia, la cual ya se ha anunciado.

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

El “Acuerdo por el que se dan a conocer los lineamientos para la celebración de tratados”

Manuel **Becerra Ramírez***

El 11 de marzo de 2021, el secretario de Relaciones Exteriores, Marcelo Luis Ebrard Casaubon, publicó el “Acuerdo por el que se dan a conocer los lineamientos para la celebración de tratados” (Acuerdo, o ALCT). Este acuerdo reglamenta dos leyes: la Ley sobre la Celebración de Tratados, de 1992, y la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en materia Económica, de 2004.

El Acuerdo contiene 44 artículos distribuidos en seis capítulos y establece lineamientos detallados sobre la gestación y vida de los tratados internacionales. De esta manera, se refiere a la negociación, la suscripción, la aprobación, la vinculación de los Estados Unidos Mexicanos a un tratado, la promulgación, la entrada en vigor, al procedimiento para modificar o enmendar un tratado, al procedimiento para el retiro de reservas, al procedimiento para la suspensión de la aplicación de un tratado, al seguimiento de la ejecución de los tratados.

Ahora bien, es importante mencionar cuáles son las autoridades que participan en todo ese proceso, independientemente del Senado y del titular del Poder Ejecutivo, que constitucionalmente están facultados para suscribir y aprobar los tratados internacionales.

- *La Consejería Jurídica.* La Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal es el asesor jurídico más cercano al presidente de la República que le

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>, manuelbramirez5@hotmail.com.

permite mantener el control en la celebración de tratados internacionales.

- *La Consultoría Jurídica.* La Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores es el órgano especializado en derecho internacional de la Secretaría de Relaciones Exteriores que entre sus funciones están las de “asesorar al secretario sobre asuntos de derecho internacional público y privado, así como en derecho extranjero”. Para el cumplimiento de sus funciones en materia de tratados, la Consultoría Jurídica cuenta con directores de tratados: I, II y III.
- *Las autoridades involucradas.* Son las secretarías previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los organismos descentralizados y los órganos constitucionales autónomos.
- *Las autoridades ejecutoras.* Son la o las autoridades involucradas responsables de la instrumentación y seguimiento de un tratado.
- *La Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE),* quien naturalmente conoce de los asuntos internacionales.

Ahora bien, para ejemplificar cómo se realiza un tratado supongamos que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) está interesada en la realización de un tratado sobre medio ambiente, entonces se consideraría la “secretaría involucrada”, quien podrá negociar un tratado, manteniendo informada en todo momento a la SRE, aunque ésta y “la Consejería Jurídica podrán intervenir directamente en la negociación de cualquier tratado”.

Una vez que se concluya la negociación del tratado, la Semarnat deberá solicitar a la Consultoría Jurídica la opinión sobre la procedencia internacional de suscribirlo.

Ahora bien, la Consultoría Jurídica solicitará la opinión de la Consejería Jurídica sobre los proyectos de tratados, con al menos 20 días hábiles de antelación a la fecha programada para su suscripción.

Una vez suscrito el tratado, la SRE debe de enviar a la Consejería Jurídica los tratados suscritos o aquellos cuya vinculación por parte de los Estados Unidos Mexicanos haya sido solicitada por la o las autoridades involucradas, a efecto de que sean sometidos a la aprobación del Senado de la República. Dicho envío al Senado deberá realizarse de manera previa al inicio de sus periodos de sesiones ordinarias.

Más tarde, en el caso de que el tratado sea “aprobado por el Senado de la República, la Consejería Jurídica gestionará la publicación del Decreto de Aprobación respectivo en el *Diario Oficial de la Federación*, una vez que reciba dicho Decreto”. Después de que el Decreto de Aprobación del tratado sea publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, “la Consultoría Jurídica gestionará la presentación de la nota diplomática en la que se comunique el cumplimiento, por parte de los Estados Unidos Mexicanos, de los requisitos exigidos por su legislación nacional para la entrada en vigor del tratado”.

A continuación, está el acto de promulgación:

[l]a Consultoría Jurídica elaborará, por cuadruplicado, el Decreto de Promulgación del tratado y lo someterá a refrendo del titular de la Secretaría. La firma del titular del Ejecutivo federal se gestionará por conducto de la Consejería Jurídica, con al menos cinco días hábiles de antelación a la fecha de entrada en vigor del tratado.

Por último, el Acuerdo prevé un seguimiento de la ejecución de los tratados, que en este caso estará a cargo de las “autoridades ejecutoras” de los tratados. En nuestro caso hipotético podría ser también la Semarnat; ésta y las autoridades ejecutoras serán responsables del seguimiento de los compromisos internacionales derivados de los tratados. Además, la SRE puede brindar a las autoridades ejecutoras el apoyo que requieran para cumplir con el objetivo contenido en los tratados de cuya instrumentación sean responsables.

En este procedimiento es notable la participación de las “autoridades involucradas” y “las autoridades ejecutoras”, lo que dará una mayor importancia en el impacto de la negociación y entrada en vigor de un tratado. Aunque lo ideal es que se involucre a los poderes Legislativo y Judicial desde la etapa de la negociación y en la aplicación del tratado, porque en la práctica sucede que hay tratados que pueden ser inconstitucionales y sólo se detecta esta anomalía en el momento de su aplicación. Es interesante ver que, en tratados comerciales, se ha adoptado la costumbre de invitar a empresarios en lo que se llama “el cuarto de al lado” para que colaboren con sus opiniones en las negociaciones. Lo mismo debería suceder con la incorporación de legisladores, o bien de miembros del Poder Judicial cuan-

do la importancia del tratado lo requiera. Esto no es nuevo, pues ya sucede en otros Estados.

Ahora bien, es un acierto también invitar a las “autoridades ejecutoras” puesto que la ratificación de un tratado no termina el proceso, ya que se requiere su aplicación y en la práctica sucede que se celebren tratados, pero no se adopten las medidas legislativas necesarias para que se apliquen, por supuesto, cuando el tratado lo requiera. Entonces, consideramos que es un acierto la inclusión de las autoridades ejecutoras, por lo menos para impulsar la aplicación del tratado en cuestión.

El Estado de interdicción y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en México

Ilse Mariana **Cruz Rojas***

El 16 de junio de 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió sentencia sobre el juicio de amparo 4/2021 promovido en defensa de una persona con discapacidad sujeta al estado de interdicción, dando a conocer en su comunicado: “El estado de interdicción constituye una restricción desproporcionada de la capacidad jurídica que no es compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”,¹ publicado el 17 de junio del 2021, y que ésta restricción desproporcionada de la capacidad jurídica proveniente del estado de interdicción resulta incompatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), la cual contiene principios internacionales a los que México se ha sujetado.

El análisis del fallo de la Corte postula un parámetro trascendental que, sin duda, deja en exposición la funcionalidad que este instrumento internacional tiene en territorio mexicano.

En México, así como en otros Estados, el término “discapacidad” ha sufrido diversos cambios en cuanto a su interpretación y aplicación normativa. Sin embargo, se han consolidado indicadores que señalan a la dis-

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ilsemarianacruzrojas1@gmail.com.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “El estado de interdicción constituye una restricción desproporcionada de la capacidad jurídica que no es compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, comunicado de prensa núm. 173/2021, México, 2021, disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6480>.

capacidad más como un efecto provocado por la existencia de medidas legislativas incompatibles con el entorno de las personas con discapacidad (en adelante, PcD).

Ese criterio es retomado de forma constante por las autoridades de nuestro sistema normativo, si bien no hay un concepto universalmente aplicado, se reconoce la existencia de limitaciones que construyen barreras a la interacción activa de las PcD con los otros sujetos del entorno en que se desarrollan, provocadas por la incapacidad normativa de satisfacer sus necesidades.²

Es decir, la sola existencia de figuras que sujetan la capacidad jurídica de una persona a una condición de salud, por ejemplo, son lo que constituyen la discapacidad en sí, no se trata de un diagnóstico médico, sino de un entorno social en cuya construcción las PcD no han sido consideradas, y son forzadas a limitarse y vivir en un espacio que no fue diseñado desde su perspectiva, ni con motivo de sus necesidades.

Bajo este parámetro, el estado de interdicción se vuelve un indicador más de las barreras construidas por el entorno social. Al considerarse que una PcD no puede (o no debe) ser partícipe en la toma de decisiones debido a sus “deficiencias”, no sólo se encuentra excluida de su propio entorno, además se cree que es necesario estar bajo la guarda de un tutor o tutriz que “subsane” su participación social y, por ende, tome las decisiones que mejor impulsen el desarrollo de su personalidad, sin permitir que la misma forme parte de la sociedad.

Si bien los principios básicos que regían el pensamiento por el que el estado de interdicción se ejerce hoy día señalaban la protección de los intereses de las PcD como su eje central, la realidad es que bajo la perspectiva actual constituye una serie de violaciones a sus derechos; se concentra en la *deficiencia* (considerada como un aspecto que puede sujetar la capacidad jurídica a un diagnóstico médico),³ sin considerar las demás barreras en el entorno,⁴ lo cual ocasiona que se suprima la capacidad jurídica sin mayor causal que la *deficiencia diagnosticada*.

² Secretaría de Desarrollo Social, “Diagnóstico sobre la situación de las personas con discapacidad en México”, México, 2016, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/126572/Diagnostico_sobre_la_Situacion_de_las_Personas_Con_Discapacidad_Mayo_2016.pdf.

³ Código Civil del Distrito Federal, artículos 23 y 450, fracción II, México.

⁴ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Capacidad jurídica”, t. IV, 2013.

Ahora bien, el juicio de interdicción se convierte a sí mismo en una disposición legislativa incompatible y, por tanto, no armonizable en cuanto a la CDPD, que al mismo tiempo obstaculiza el ejercicio de otros derechos. La CDPD y su Protocolo Facultativo, constituyen una herramienta jurídica vinculante que asegura condiciones de igualdad a las PcD, y de este modo tengan pleno goce en el ejercicio de sus derechos humanos.

Los Estados que le ratifican se encuentran obligados a desarrollar políticas públicas e implementar medidas que no sólo promuevan la no discriminación, sino que además impliquen la adaptación de sus ordenamientos de manera que sean partícipes en la eliminación de prácticas discriminatorias.⁵ La CDPD se transforma en el elemento clave que representa el compromiso de México para la corrección de figuras ahora interpretadas como inconstitucionales, cuyos efectos recaen en la esfera jurídica de las personas sujetas al estado de interdicción.

Sumado a lo anterior, resulta necesario identificar cuáles son los derechos de las PcD para que los mismos puedan ser garantizados por el marco normativo. Sobre ello, es importante saber que su existencia no se limita a la enunciación de éstos, pues todos ellos se encuentran en interdependencia unos de otros;⁶ sin embargo, es posible enunciar los principales derechos que, por un lado, han sido violados por la declaración del estado de interdicción de una PcD y, por el otro, que gracias a la resolución de la Corte se han hecho válidos y efectivos.

En primer lugar, la capacidad jurídica es el derecho rector que nos permite el ejercicio de los demás derechos,⁷ por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (siendo éste la aptitud para la materialización del plan de vida), el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la participación e inclusión en la sociedad, entre muchos otros.⁸

Identificar los derechos de las PcD permite a su vez ejemplificar de qué manera están siendo violentados por la declaración del estado de inter-

⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *La Convención sobre las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, México, CNDH, 2018, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>.

⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, México, CNDH, 2018, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>.

⁷ Código Civil Federal, artículos 22-24, México.

⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, 2014.

dicción. En principio, se trata de un proceso que mantiene a las personas sometidas a exámenes periódicos de los que depende su capacidad jurídica y el ejercicio de ésta.⁹ Visto desde otra perspectiva, se trata de una medida que condiciona el ejercicio de sus derechos a un diagnóstico médico. Incluso, se puede decir que el efecto que tiene sobre la capacidad jurídica es de infantilización y *sustitución de la voluntad* de la persona con discapacidad, como lo ha dicho la Corte en su Comunicado.

Ahora bien, el punto central está en que la condición de salud no condiciona ni vincula el ejercicio de la personalidad jurídica de las personas con su discapacidad.¹⁰ La CDPD adopta un modelo social que, mediante el reconocimiento de su carácter vinculatorio, obliga a las autoridades de un Estado a promover, respetar, garantizar y proteger los derechos de las PcD; a su vez, ello provoca que el objetivo proteccionista de la declaración del estado de interdicción pierda su función y se vea sustituido por un instrumento que ha sido desarrollado con base en estudios especializados en las necesidades de las PcD frente al entorno en el que se desarrollan, y no como un modelo de sustitución y dependencia.

Por lo anterior, el alcance de la resolución de la Corte tiene principales puntos de interés, comenzando porque señala la diferencia entre la capacidad jurídica y la mental, resolviendo que la primera no está supeditada a la segunda; reconoció el protagonismo que las PcD deben tener en el diseño e implementación de su sistema de apoyo, siendo éstas parte del entorno en que se desarrollan, y no dependientes del mismo.

Con esta resolución, la SCJN deja inaplicable el estado de interdicción, y recurre únicamente al sistema de apoyos y salvaguardias que constituye un esquema basado en las necesidades de las PcD. Para ello, la CDPD prevé que el Estado sea el responsable de proporcionar apoyos que garantizarán la autonomía de las PcD en el ejercicio de sus actividades cotidianas y las salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, y conseguir, de este modo, la eliminación de las barreras que conforman esa discapacidad y la armonización legislativa necesaria para el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias.¹¹

⁹ Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, artículos 904 y 905, México.

¹⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12, párr. 1.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Guía para la inclusión de personas con discapacidad*, octubre de 2018, pp. 51 y ss.

El reconocimiento de dichos apoyos y salvaguardias también se hace debido a lo que la persona con discapacidad solicite y sólo a voluntad de ésta, garantizando su autonomía. Sobre el cese del estado de interdicción, se determina que la condición mental no se encuentra vinculada a la condición médica de una persona, y que el propósito es la eliminación del estigma que rige esa condicional entre la discapacidad sicosocial y la capacidad jurídica.¹²

De esta manera, la Corte simplemente reconoce la voluntad de todo ser humano, sin barreras, entendiendo a éste como parte central en un sistema de derechos. Sobre todo, elimina cualquier indicador que condicione el ejercicio de la capacidad jurídica a evaluaciones médicas de inteligencia y capacidades de las PcD, pues se reconoce que, así como la inteligencia se manifiesta de diversos modos y las capacidades de los actores en la sociedad son tan variadas como la cantidad de personas que la constituyen, la forma en la que la capacidad jurídica de estas personas se ejerce puede ser igual de variada.

¹² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12, párr. 4.

Reseñas

NEGRO, Sandra (coord.), *Acuerdo Unión Europea-Mercosur. La comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, B. de F., 2019, 256 pp.

Allá por mediados de 2014, la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires puso en marcha un proyecto desde su Secretaría de Investigación que se denominó Proyecto de Investigación de Maestría (PIM). La doctora Sandra Negro fue la directora del proyecto que se tituló “La comercialización de alimentos en la UE y el Mercosur”, que se desarrolló durante el periodo 2014-2016. A raíz de este trabajo se implementaron dos talleres en la Facultad para presentar los resultados de la investigación. Fue en dichos talleres y en los trabajos que se fueron produciendo con base en ellos donde se originó la idea de lo que resultó siendo *Acuerdo Unión Europea-Mercosur. La comercialización de alimentos en la Unión Europea y el Mercosur*, una obra que vio la luz a mediados de octubre de 2019 en Madrid y que en febrero de 2020 se publicó en Buenos Aires. Algunas de aquellas contribuciones a este PIM fueron la materia prima sobre la que se elaboró esta obra.

Aquel proyecto, dirigido por la doctora Negro, tuvo como objetivo el estudio de medidas no arancelarias, es decir, aquellas medidas que actúan como elementos de disuasión o de entorpecimiento del comercio entre ambos bloques, o sea, medidas distintas de los aranceles, pero que persiguen disuadir el comercio recíproco alterando la competencia en los mercados de destino y, a la vez, siendo utilizadas para la protección de intereses sectoriales. Estas medidas que tienen efectos distorsivos, limitantes o hasta prohibitivos del comercio presentan dificultades para ser identificadas, puesto que suelen ser adoptadas invocando razones muy diversas, desde la protección de la salud pública, la inocuidad de los alimentos, o bien la falta de información en el etiquetado u otros múltiples motivos que se plantean y que terminan desvirtuando el comercio recíproco.

La obra que se presenta, inspirada en aquellos estudios, analiza las barreras no arancelarias desde varias ópticas y cómo éstas impactan en la fluidez del comercio.

En este libro, el punto de partida es el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea, que nos enfrenta a un nuevo conjunto de reglas en materia de libre comercio. Este tipo de acuerdo tiene la particularidad de representar un acuerdo marco, en el cual se incluyen una serie de capítulos que, a primera vista, no parecieran estar asociados con el comercio. Entre los antecedentes más relevantes del denominado Acuerdo en Principio entre el Mercosur y la Unión Europea, que se firmó el 28 de junio de 2019, está el Acuerdo CETA entre Canadá y la Unión Europea.

Esta obra nos coloca frente a los problemas que enfrenta la comercialización de alimentos entre los Estados parte de Mercosur y la Unión Europea, básicamente debido a múltiples medidas que traban la fluidez comercial.

El capítulo inicial, de autoría de Sandra Negro, quien además coordina el libro y el proyecto, se centra en el análisis del reciente Acuerdo Unión Europea-Mercosur, donde se contempla una síntesis ordenada cronológicamente de sus antecedentes, las motivaciones que impulsaron la negociación, una enunciación de los contenidos y materias abarcadas, las etapas para la entrada en vigor y el examen de los requisitos para la comercialización de alimentos en la Unión Europea.

La mirada a partir de allí comienza a mostrar distintas aristas en los sucesivos capítulos de temas que tienen sus especificidades, pero todos convergen en el tema principal que ordena todo el libro.

En el segundo capítulo de autoría, de Juan Sluman, se exponen distintas clases de barreras al comercio internacional de mercancías. Empero, su análisis se centra específicamente en las medidas restrictivas no arancelarias y su proliferación en el comercio internacional. Ahí el autor realiza un minucioso análisis de los distintos mecanismos que se emplean para las trabas no arancelarias.

En el capítulo siguiente, a cargo de María Eugenia Marichal, se realiza el análisis de la legislación alimentaria en la Unión Europea y de los principios jurídicos en los cuales se basa. Ahí se presta especial atención a la entrada en vigor del Código alimentario de la Unión Europea.

El cuarto capítulo, a cargo de Luciane Klein Vieira, está dedicado a analizar el tema de salud y seguridad del consumidor dentro del Mercosur.

El capítulo quinto examina las barreras no arancelarias desde una perspectiva poco frecuente. Así, Martín Cortese se plantea con mucha claridad como la propiedad intelectual puede convertirse en una barrera no arancelaria.

La parte general se agota con el sexto capítulo, a cargo de Leila Devia, quien explica cómo el Protocolo de Nagoya establece parámetros sobre la biotecnología en lo concerniente a los alimentos y a la comercialización de éstos.

La parte especial se concentra en torno de dos productos específicos: uno tradicional, la carne bovina, y otro innovador, la estevia.

El capítulo que desarrolla la investigación del comercio de carne bovina estuvo a cargo de Matías Crolla. En ese capítulo se desarrolla un análisis del comercio y su implementación y las limitaciones no arancelarias con las que se encuentra en más de una ocasión.

El último trabajo de la obra es de Alejandra Díaz, que estudia cuáles fueron las vicisitudes de un producto como la estevia, relativamente nuevo (cada vez más valorada positivamente) y con un futuro prometedor en el mercado de los endulzantes naturales.

En conclusión, la obra constituye una herramienta útil para comprender las nuevas reglas que rigen y regirán el comercio de alimentos entre las dos regiones, poniendo el acento en el funcionamiento del complejo escenario de las barreras no arancelarias. Los diferentes trabajos son un aporte realista al análisis de unos de los productos comerciales que siempre han sido afectados en el intercambio del comercio mundial mediante los aranceles o las barreras no arancelarias: los alimentos. Se trata de un tema que, lejos de resolverse, cada vez se vuelve más evidente, pues no sólo se extiende a los alimentos agropecuarios primarios, sino que también con el desarrollo de las tecnologías presenta una dificultad para los alimentos procesados.

Este trabajo conjuga y sintetiza, a través de capítulos de diversa autoría, las dificultades presentes y futuras al comercio de alimentos, tanto en sus aspectos generales como particulares, por medio del estudio de casos, como el comercio de carne bovina y el de la estevia.

La lectura es ágil, condensando elementos jurídicos y no jurídicos —económicos, políticos y de comercio internacional— y ofreciendo una perspectiva poco frecuente de interpretar el derrotero del libre comercio. Tam-

bién permite al lector no especializado en el tema acceder a una cantidad de información precisa sobre reglas que rigen el comercio.

Conocer las reglas facilitará la tarea de operadores comerciales y, a la vez, creará mejores condiciones para un consumo responsable.

Alejandra P. **Díaz***

* Universidad de Buenos Aires, Argentina; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4311-4863>, alejandradiaz@derecho.uba.ar.

SALMÓN, Elizabeth (coord.), *Cambio climático y derechos humanos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, 319 pp.

En los últimos años los efectos del cambio climático han afectado de manera directa e indirecta al ejercicio y disfrute de los derechos humanos en todo el mundo. No obstante, recién en el Acuerdo de París de 2015 se expuso por primera vez la necesidad de que todas las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) tomaran una posición activa en el respeto y promoción de los derechos humanos que vienen siendo afectados.

Se trata, efectivamente, de un problema que, si bien concierne a toda la humanidad, tiene un impacto diferenciado sobre distintos grupos sociales y territorios. Con esta particularidad en mente, esta publicación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú aborda la necesidad de repensar el vínculo existente entre el cambio climático y los derechos humanos, así como también de examinar las distintas respuestas que diversos actores estatales y no estatales vienen dando ante dicha amenaza.

La publicación está dividida en tres partes: la primera plantea el enfoque de derechos humanos en la lucha contra el cambio climático y su relación con las empresas, las políticas públicas y los movimientos sociales en el contexto global. La segunda parte examina los tipos de afectaciones provocadas por el fenómeno ambiental y las consecuencias negativas sobre los distintos derechos y, de manera específica, sobre los derechos a la vivienda adecuada, al agua, a la alimentación y a la salud. Finalmente, la tercera parte se centra en la vulneración diferenciada del fenómeno climático, sobre todo en el caso de los migrantes ambientales, los pueblos indígenas y las mujeres. Así, se trata de evidenciar las condiciones asimétricas que causan el cambio climático para, una vez propuestas, identificar las obligaciones jurídicas estatales, así como también las del sector privado, y, en particular, del sector empresarial.

Como se mencionó, el impacto del cambio climático afecta de diferente manera los derechos de las personas de acuerdo con sus diversas condicio-

nes de vulnerabilidad. El Quinto Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático ha señalado que el nivel de vulnerabilidad es producto de “procesos interrelacionados” (p. 17). Por esa razón, el primer capítulo propone, a manera de introducción, realizar un acercamiento al vínculo entre los derechos humanos y el cambio climático sobre la base de las normativas de estos derechos. En esta dirección, Elizabeth Salmón plantea que ambos elementos se encuentran en una relación bidireccional, ya que el medio ambiente es el entorno de la vida humana. Sin embargo, lejos de haber llegado a un consenso en torno al cuidado y conservación de aquel, durante las últimas décadas ha primado la aproximación instrumental a nuestro entorno. Es decir, los gobiernos sólo han tenido en mente el desarrollo económico y han dejado de lado las medidas de protección ambiental necesarias para frenar el calentamiento global.

Continuando con la última idea planteada, el segundo capítulo, a cargo de Cristina Blanco, hace énfasis en la triangulación entre las empresas, los derechos humanos y el cambio climático. En efecto, aunque la actividad empresarial haya sido decisiva en la generación de los problemas climáticos, las iniciativas para conservar el medio ambiente son en su mayoría *estadocéntricas*. No obstante, los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, aprobados en el 2011, representan un avance en la normativa que protege los derechos humanos y regula la acción de las empresas. Por ello, la autora examina el rol activo/pasivo que ha tenido el sector privado en el fenómeno ambiental y enfatiza la importancia de la investigación de herramientas que propicien el compromiso de las empresas.

Teniendo en consideración los múltiples actores que participan directa e indirectamente en el cambio climático, resulta fundamental indagar sobre las políticas climáticas y los aspectos conceptuales de éstas. Como apunta Iván Lanegra, existe un conjunto de obligaciones de los gobiernos derivados de la estrecha relación entre el cambio climático y los derechos humanos (p. 82), los cuales fueron señalados tanto por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente como por el Acuerdo de París. De esta manera, a partir del análisis del caso peruano, el tercer capítulo abarca las distintas estrategias institucionales que se llevaron a cabo en el Perú desde la creación de la Comisión Nacional sobre el Cambio Climático en 1993 y los desafíos para las futuras políticas climáticas. Éstos, a vista del

autor, recaen sobre todos los autores involucrados y, por ende, reafirman la obligación de generar conciencia sobre el impacto del cambio climático en los derechos humanos.

En esa línea, el rol de los movimientos sociales es insustituible. Estos movimientos generan toma de conciencia sobre el problema, pero también gestan espacios políticos para el avance de la agenda de derechos humanos y la crisis ambiental. En relación con esto, en el cuarto capítulo, Deborah Delgado realiza un estudio de los movimientos sociales que vienen actuando alrededor de estos temas e identifica sus rasgos comunes. No obstante, “a diferencia de otros casos, en los que, a partir del derecho, es clara la identificación de un actor responsable, en el caso del cambio climático... hay una resistencia en la definición de la responsabilidad” (p. 120). Por ello la autora propone una tipología de actores que permita encaminar las investigaciones en torno a los movimientos ambientales y de conservación, así como también el activismo de los jóvenes y adolescentes.

Hasta ahora se han señalado las aristas desde donde se puede analizar la relación entre los derechos humanos y el cambio climático. En adelante, la segunda parte del libro se concentra en examinar y clasificar los impactos que ocasionan los cambios climáticos en los derechos humanos. A partir de casos peruanos, Hugo Cahueñas examina la correlación entre pobreza y riesgos de desastres. Este capítulo permite ver que, en efecto, el no contar con una vivienda de buena calidad, con una infraestructura adecuada, aumenta la posibilidad de sufrir pérdidas de bienes esenciales, destrucción de su entorno e, incluso, peligro de muerte ante los desastres. Consecuentemente, la actual crisis ambiental está vinculada con los problemas de acceso a una vivienda digna, y corresponde al Estado la labor de prevenir y tomar acción en dichos escenarios.

En el proceso de identificar los derechos que se vienen transgrediendo a raíz del cambio climático, no pasa desapercibida la afectación del derecho al agua, reconocido en el 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. En el sexto capítulo, Juan Francisco Acevedo pone sobre la mesa la importancia del derecho al agua en el contexto de la crisis hídrica global, la cual afecta a toda la humanidad y, en especial, a aquellas poblaciones que ya se encontraban en estado de vulnerabilidad. Adicionalmente, el autor plantea que “cuando se establece que el agua es un bien cultural se alude tanto a las prácticas culturales como a los significados culturales en los que aquellas se inscriben” (p. 153). Por ende, nos en-

contramos también ante una demanda de reconocimiento de los derechos culturales, sobre todo en los contextos indígenas, los cuales son explorados por Acevedo a partir del caso de la Región Andina Central.

Siguiendo este recorrido, el séptimo capítulo, a cargo de María José Veramendi, se detiene alrededor del derecho humano a la alimentación adecuada y a la seguridad alimentaria. La autora examina algunos de los impactos que ha tenido el cambio climático sobre éstos, como el aumento de las sequías, la consiguiente reducción de fuentes de agua y la acidificación de los océanos. Después, la autora realiza un repaso de las principales acciones tomadas por el Estado, haciendo énfasis en la promulgación de la Ley que promueve la Reducción y Prevención de Pérdidas y Desperdicios de Alimentos (PDA), Ley 30988 (2019).

Por último, el impacto ambiental en el derecho a la salud, intrínsecamente ligado al derecho a la vida, es abordado en el octavo capítulo por Pedro Francke. En éste se identifican cuatro categorías de impactos: las enfermedades infecciosas, las emergencias ocasionadas por fenómenos naturales, los “nuevos retos ambientales” como la contaminación del aire o el estrés por las olas de calor, y los desafíos a la nutrición, como la seguridad alimentaria. Una vez planteadas las múltiples consecuencias ocasionadas por el cambio climático, el autor hace un análisis de las políticas públicas de salud en el Perú de hoy, haciendo hincapié en los problemas que se encuentran en la atención de la salud y la dificultad de contar con un sistema de salud fragmentado. Concluye que “a escasos meses del bicentenario de la Independencia y la República, el Perú no ha logrado que el derecho a la salud sea gozado ampliamente por su población” (p. 211).

La tercera parte del libro se ocupa de las vulneraciones y diferencias del cambio climático y, específicamente, analiza la situación de tres poblaciones en particular: las poblaciones migrantes, los pueblos indígenas y las mujeres. En el primer eje, a cargo de Cécile Blouin, se responde a los movimientos de adaptación al cambio climático desde un enfoque jurídico y se problematizan las respuestas estatales que han tenido lugar en América Latina. Asimismo, se propone una mirada regional que permita el reconocimiento de la migración ambiental y sus posibles consecuencias. Respecto del segundo eje, Óscar Espinosa pone sobre la mesa el complejo impacto que ha tenido la crisis ambiental en las poblaciones indígenas. Siendo escasa su contribución al desarrollo del cambio climático, estas sociedades se encuentran fuertemente afectadas dado su estrecho vínculo con el medio

ambiente. Además, el autor recalca la labor fundamental que cumplen las comunidades indígenas y sus conocimientos tradicionales para hacer frente al cambio a través de procesos de mitigación y resiliencia. Para cerrar, en el eje final, a cargo de Marcela Huaita, se problematiza en torno al impacto diferenciado del cambio climático entre hombres y mujeres. A partir del caso cajamarquino, Huaita señala la alta vulnerabilidad de las mujeres ante los fenómenos ambientales debido a su papel en la sociedad, pero también la capacidad de agencia que las ha llevado a visibilizar las luchas socioambientales.

Así, como se señaló al inicio, el libro hace evidente, a través de sus 12 capítulos, la necesidad de repensar el cambio climático desde una perspectiva que contemple no sólo los marcos especializados en derechos humanos y cambio climático, sino también los ejes transversales de diferentes disciplinas. Es de esperarse que, tal como se propone en esta publicación, la identificación de los derechos que están siendo afectados y el análisis de los diferentes mecanismos que se han puesto en práctica en nuestra región fortalezcan la conciencia pública y generen iniciativas más enérgicas y propuestas más pertinentes a la magnitud y al carácter del problema que afronta el planeta.

Félix Reátegui*

* Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1816-1764>, felix.reategui@pucp.edu.pe.

BECERRA, Manuel y ÁVALOS, Roxana, *Derecho de los tratados. Teoría y práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 255 pp.

Este trabajo, muy oportuno entre nosotros, para que un Estado de derecho internacional pueda desarrollarse será comentado en alguno de sus temas con el fin de contribuir críticamente a los temas tratados. Contextualmente, es fundamental la elaboración de doctrina, el recuerdo de ésta, la contribución de textos que contengan las normas jurídicas internacionales, la jurisprudencia, y los sujetos de derecho internacional, incluyendo a los seres humanos, eso es formar una disciplina. En el primer y último ámbito del trabajo académico es donde se enmarca el texto en comentario. Sus funciones son: a) cubrir un área de análisis de la doctrina junto con su aplicación, b) formar personas en las normas jurídicas que integran al Estado de derecho internacional y c) permitir entender el proceso denominado “recepción” de las normas jurídicas internacionales contenidas en tratados internacionales (en México). No ahondaremos más en el tema final, pero dejamos problemas para futuras conversaciones donde el libro aportará: “drones”, Alta Mar, inclusive gobernabilidad marina o cambio climático y biodiversidad.

El derecho de los tratados

En la primera parte del texto se analizan los elementos relevantes sobre tratados: definición, formación e interpretación. Obviamente, este libro describe y analiza a los tratados entre Estados debido al examen de la convención sobre la materia actualmente vigente internacionalmente. Los investigadores estudian el “tratado” desde dos de sus elementos, escrituración y regulación por el derecho internacional. Es posible hoy un tratado sin cumplir dichas características, ciertamente. Sin embargo, dicho tratado o no se registraría por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, o por el derecho internacional, según el

caso.* Hubiere sido interesante tratar de inmediato la formación de la voluntad analizada posteriormente (“acuerdo” en términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y de gran valor para nuestros estudiantes que imaginan las formas de creación de un tratado internacional, él o los procedimientos a nivel internacional). Desde el punto de vista de las denominaciones equivalentes a tratados, las mismas se concentran en las contenidas en la convención misma, *in extenso*. Resulta necesario compeler a los estudiantes a entenderlas por confusiones en reuniones internacionales donde muchas veces los delegados y las delegadas no entienden estas “denominaciones” de convenciones, no los consideran tratados por no llevar ese rótulo o, más grave aún, consideran el nombre de algún instrumento como carente de la generación de normas jurídicas, derechos y obligaciones internacionales. Como se ha expresado, se mira al fondo y no al nombre.

La “formación del tratado” se trata desde la negociación, es decir, anterior al derecho, pero regulada tímidamente por éste, como la adopción y manifestación de consentimiento. En ello se plantea lo dicho por Kelsen, el derecho (como algunos sistemas biológicos) autogenera sus normas, y a la noción de imputación podemos agregar la idea de “imputación subsecuente”, dado que las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 son normas jurídicas calificadoras de otras normas jurídicas y no necesariamente “situaciones de hecho” (lo que en otra parte se les denomina “normas jurídicas secundarias” o “de creación de normas jurídicas”). En estricto rigor, la convención trata la creación, la “imputación subsecuente” o, en otra disciplina, la “calificación”, pero desde el derecho internacional público.

Ciertamente, se prohíbe negociar cuestiones relacionadas a *ius cogens* cuando sea para un tratado por escrito. *Ius cogens* excluye negociación de un tratado bajo regulación de la Convención de Viena de 1969, al invalidarlo. Queda, sin embargo, la posibilidad de negociación de tratados orales donde dicha negociación es posible. Además, si bien los tratados se inscriben en la Secretaría de la Organización de Naciones Unidas u otra entidad de dicha índole, bien podría no efectuarse la inscripción misma. Sin embargo, contribuimos, dependiendo del tipo de norma jurídica a ser negociada

* Hay precedentes en Chile, en el territorio chileno se firmaron tratados entre el Estado de Chile y mapuches.

en un tratado internacional contrario a *ius cogens*, podría ser considerado como ilícito internacional del derecho internacional criminal contenido en el Estatuto de Roma. La negociación es posible, la sanción deberíamos determinarla conforme al tipo de ilícito contenido en el tratado negociado, hoy existen límites a la negociación, no todo es negociable. Una cuestión que he planteado antes y lo hago nuevamente, si hay quien quiera generar una conversación sobre el asunto son las normas jurídicas derivadas de la piratería contenidas en la Convención sobre Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. ¿Hay una sanción para los que la cometen?

La “fuerza” es un problema hoy día: ¿cuál y hasta qué punto se la considera violación de la libertad e igualdad de las partes? Sólo agrega a la discusión la denominación, no existe fuerza en su sentido natural y obvio, de otra forma no hay voluntad, sino “presión” (no engaño o confusión, del dolo y el error). Siguen los autores la voluntariedad del derecho internacional y su marco jurídico, no es posible otra cosa. Sin embargo, dan espacio, lo digo aquí con interés académico, para iniciar una nueva conversación, la de las normas jurídicas internacionales (no sólo obligaciones o derechos): voluntarias en origen, pero absolutas en su aplicación, sin excepción y de orden imperativo o prohibitivo. Se agrega la evaluación de los actos de los Estados que traen al menos consecuencias para futuros conflictos como elemento interpretativo, el problema de la violación de la “buena fe” (objetiva o subjetiva), la discusión de una formación del consentimiento generadora de normas jurídicas, derechos y obligaciones.

La interpretación es otro de los temas de interés. Las normas de la convención que el autor y autora comentan como el derecho internacional antes de la codificación observada en la segunda mitad del siglo XX, son costumbre internacional y pública. Resulta difícil entender este elemento. Los Estados, como tales, no ejercen actividades percibidas en sus efectos contando con un ser real ejercidos territorios que gobiernan sino agentes que los representan y otros elementos propios del Estado la generan. Los autores, se centran en entender la voluntad de las partes aun antes de su interpretación. Este problema lo hemos puesto de relieve a propósito del Convenio sobre Diversidad Biológica. Apuntan al proceso de determinar el sentido y alcance de un texto cuya característica es ser obligatorio (de mayor o menor obligatoriedad, mundial, regional o bilateral) y vigente internacionalmente, reiteraremos, para evitar, sólo la idea de que el tratado

es vigente nacionalmente al ser aprobado por los parlamentos. La vigencia y aplicación internacional debe ser debidamente observada.

La interpretación es un tema complejo, se previene la discrepancia de acuerdo con la familia jurídica al sistema jurídico nacional. Al respecto, es una prevención necesaria. En la aplicación de las normas jurídicas, secundarias en la terminología de Herbert Hart, lo primero es determinar cuáles normas jurídicas se aplican. Ciertamente, en materia de interpretación en el contexto en que nos encontramos, cuatro posibilidades son posibles, de acuerdo con el tribunal que conozca del asunto: tribunal internacional aplicando normas jurídicas internacionales (interpretación se hace conforme a normas jurídicas internacionales); tribunal nacional aplicando normas jurídicas nacionales (interpretación conforme las normas jurídicas nacionales); tribunal internacional aplicando normas jurídicas nacionales, hipótesis posible pero extraña; y, finalmente, tribunal nacional aplicando normas jurídicas internacionales. Las anteriores normas jurídicas deben ser consideradas desde la perspectiva de pertenecer a uno o varios tratados (no incluimos costumbre ni principios a fin de no complicar el problema planteado). La primera y la última posibilidad son abordadas en el libro. En la posibilidad de interpretación de tratados internacionales por los tribunales internacionales entre estados el artículo 31 de la convención mencionada y en el comentario indica una cuestión expresada en estas líneas, el que al “aplicar” se debe “interpretar”. Es decir, se observa a la norma jurídica siguiendo las indicaciones de ésta. La aplicación es teórica, es decir, de carácter intelectual y gnoseológico, se debe entender la norma jurídica al menos como aplicable a la materia, luego corresponde su aplicación desde una perspectiva del derecho internacional. El libro hace referencia al carácter consuetudinario de las normas jurídicas sobre interpretación. En relación con los “términos del tratado” resulta muy interesante lo de “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse”. Este “sentido” que debe ser “corriente” resulta un tema a discutir. “Corriente” debe entenderse en contradicción al lenguaje de las personas, al lenguaje “natural”. Se debe mirar que son corrientes en el sentido técnico y no en el lenguaje común. Este lenguaje “técnico” se refiere a los conceptos empleados en el tratado sujeto, en nuestra opinión, con relación a los elementos propios de las normas jurídicas, a saber, el antecedente y el consecuente donde en el primero se establece el “supuesto de hecho” y eso permite comparar, luego, este supuesto con los hechos descritos por las partes o sólo la determinación del

mero sentido de las normas jurídicas solicitadas a interpretación. Se insiste en el “contexto” del tratado y en considerar al tratado interpretado como elemento integrador de la interpretación: “sentido corriente”, “contexto”. Si un tratado es sobre medio ambiente, límites entre Estados e inversión, permitirán entender términos y el sentido corriente en esos tratados así, resolver un conflicto o establecer una nueva “situación jurídica”.

En la segunda parte del libro se observa la “aplicación” por un procedimiento constitucional, de normas jurídicas internacionales. Es un proceso racional de interpretación de normas jurídicas internacionales por parlamentos, tribunales y administración pública (aceptando o rechazando su aplicación). Un segundo proceso, propio de juristas, solución de problemas intersubjetivos en tribunales nacionales, es determinar si los “supuestos de hecho” en tratados explicitan conceptualmente el objeto interpretado con consecuencias jurídicas nacionales. (Diferencias en interpretación de “casa” y “obligación”: el primero común a personas, el segundo común a juristas y filósofos). Finalmente, cabe preguntarse de “situaciones jurídicas” internacionales aplicables en relaciones jurídicas nacionales, pero sin haberse procedido a un análisis de su constitucionalidad en el proceso de incorporación si no se han incorporado por normas jurídicas nacionales. Estas ideas pueden encontrarse en la sección relacionada a la verticalidad y horizontalidad de las normas constitucionales mexicanas. Es posible leer una serie de normas referidas en el texto como propias de la interpretación al establecer un “bloque constitucional”, particularmente el artículo 133 de la Constitución mexicana. La jurisprudencia es tratada de manera adecuada tanto apoyando y ejemplificando. Un texto, se entiende, de lectura necesaria por aquellos que deseen entender sobre los tratados internacionales y derecho constitucional comparado.

Sergio Ramiro **Peña-Neira** **

** Universidad Mayor, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2637-257X>, sergio.pena@umayor.cl.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (dir.), *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Pamplona, Aranzadi, 2020, 486 pp.

Atendiendo a las palabras dedicadas en la presentación de la obra por su director, el profesor Fernández de Casadevante Romani (catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos), la integridad territorial de España —Estado democrático y de derecho— está siendo gravemente amenazada por distintos nacionalismos periféricos, los cuales falsean la realidad hasta el punto de afirmar que el derecho avala la legalidad y legitimidad de su proyecto, articulando su argumentación bajo un ilusorio “derecho a decidir” inexistente en el derecho internacional vigente.

De ahí, el interés y la actualidad de analizar el fenómeno y régimen de la separación —acordada con el Estado matriz—, así como el de la secesión —unilateral— de entidades territoriales, llevando a cabo un estudio con vocación interdisciplinaria y global: interdisciplinaria pues adopta el enfoque de las distintas ramas del ordenamiento jurídico que inciden en el objeto de estudio —derecho constitucional español y comparado, derecho de la Unión Europea y derecho internacional—; global, en tanto que atiende a las distintas cuestiones que lleva aparejadas la separación y secesión de entidades territoriales.

Sobre la base de lo expuesto, la obra se articula, siguiendo un hilo argumental coherente e instructivo, en diez capítulos, donde, en el primero de ellos, José Antonio Perea Unceta (profesor contratado doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid), a modo de preámbulo, parte de un análisis del régimen jurídico del derecho de libre determinación de los pueblos, para, a continuación, sostener que en ningún tratado internacional se reconoce dicho derecho en su vertiente externa a otros pueblos que no sean aquellos sometidos a dominación colonial. Más aún, el autor concluye que no existe en el derecho internacional vigente una norma consuetudinaria que otorgue un derecho de “secesión-remedio” ante violaciones graves y masivas

de derechos humanos, preponderando en la práctica estatal el principio de integridad territorial.

En el segundo de los capítulos, Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo (profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos) aboga por la potencial validez jurídica de las cláusulas de intangibilidad implícitas en los textos constitucionales, si bien adoptando una interpretación restrictiva de las mismas. Centrándonos en el Estado español, el autor reconoce que ha habido un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, primero aceptándolas (STC 48/2003, del 12 marzo, FJ 7), y luego negando su existencia (STC 31/2015, del 25 de febrero, FJ6). En todo caso, la alteración de la identidad de la soberanía nacional y la indisoluble unidad de la nación española ha de llevarse a cabo por la vía prevista en el artículo 168 de la Constitución española (STC 31/2015, del 25 de febrero, FJ 6), siendo inconstitucional y contrario a derecho una secesión unilateral. Cuestión, esta última, que resulta igualmente predicable en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Italia y Alemania, como el autor analiza.

En cuanto al tercero de los capítulos, Carlos Fernández de Casadevante Romaní, enlazando con el primer capítulo y distinguiendo entre la vertiente interna y externa del derecho de autodeterminación, vuelve a incidir en la inexistencia de un derecho de autodeterminación externa en el derecho internacional vigente, recordando en el plano interno, que España no es un Estado plurinacional, ni existen “pueblos” distintos del “pueblo español” que ostenten la soberanía nacional, ni determinados territorios disfrutan de prerrogativas preconstitucionales que avalen el ejercicio del derecho a la autodeterminación, ni éste puede ser ejercido a través de referendos autonómicos.

En el cuarto capítulo, Ana Gemma López Martín (catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid), tras analizar los criterios de Montevideo, señala que junto a una población permanente, un territorio determinado y un gobierno —criterios que, además, han de cumplir con los principios de independencia y efectividad—, en el derecho internacional contemporáneo se añade un cuarto requisito en el proceso de formación de un Estado: el respeto de la legalidad, tanto interna como internacional. Así, el acto en virtud del cual una entidad secesionista proclama su independencia, sin mediar el consentimiento del Estado matriz, atentaría

no sólo contra el derecho interno, sino también contra los principios de libre determinación de los pueblos y de integridad territorial; principios estructurales del derecho internacional, los cuales han generado sendas normas de *ius cogens*. De ahí que su contravención dé lugar, por un lado, a la nulidad del acto, y por otro, a una obligación de no reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

En el quinto capítulo, la misma autora ahonda en este último respecto, analizando, en primer lugar, la práctica internacional que avala la existencia de una obligación de no reconocimiento a entidades secesionistas, para, a continuación, precisar su contenido en una serie de obligaciones de no hacer: obligación de no establecer relaciones convencionales con la entidad ilegal; obligación de no establecer relaciones diplomáticas, ni acreditar ni recibir misiones diplomáticas; obligación de rechazar la admisión de la entidad ilegal y su participación en una organización internacional; obligación de rechazar establecer relaciones económicas, comerciales o de otra índole con la autoridad ilegal, y obligación de rechazar todo efecto jurídico a los actos constitucionales, legislativos o administrativos llevados a cabo por el régimen ilícito. Todo ello se traduce, en relación con la entidad secesionista, en “la absoluta anulación de su posible estatalidad en un mundo globalizado como el actual”. Por su parte, la autora señala un triple origen normativo de dicha obligación de no reconocimiento: una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; una obligación convencional, como la que nos encontramos en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas; y una obligación consuetudinaria, recogida en el artículo 41 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

En el capítulo sexto, Carlos Fernández de Casadevante Romaní examina que el principio de intangibilidad de fronteras y de los tratados que las instituyen también rigen en materia de secesión y separación. Tras analizar los distintos tratados de fronteras que España ha suscrito con Portugal, Francia, Italia y Marruecos, el autor recuerda que, en una hipotética secesión o separación, la entidad resultante habría de respetar tales tratados, en contraposición con las pretensiones políticas de distintos partidos que se proyectan sobre parte del territorio de Estados vecinos. Esta línea expositiva es continuada en el capítulo séptimo, donde José Ramón Remacha Tejada

(embajador de España y profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales), ahonda en el régimen fronterizo de Andorra, Olivenza, Ceuta, Melilla y Gibraltar.

En cuanto al capítulo octavo, de nuevo, Carlos Fernández de Casadevante Romaní atiende a la membresía de las organizaciones internacionales a propósito de los fenómenos de secesión/separación; señalando que, en contra de lo afirmado por parte de distintos dirigentes, en el derecho internacional contemporáneo no es posible hablar de un derecho de sucesión en la cualidad de miembro de una organización internacional, debiendo solicitar la nueva entidad la admisión a la misma, como se deriva, a nivel convencional, del artículo 4o. de la CVSEMT, y como aparece corroborado por la práctica examinada por el autor en relación con la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

En el noveno capítulo, Javier Chinchón Álvarez (profesor contratado doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid) analiza el régimen de responsabilidad internacional del Estado y de la entidad secesionada, en particular, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, atendiendo a distintos supuestos: en los momentos iniciales de la potencial secesión; en los supuestos en los que se ha llevado a cabo la secesión sin el consentimiento del Estado matriz —donde estaríamos ante un Estado *de facto*—; en los supuestos en los que un tercer Estado ejerza un control general sobre la entidad secesionada, y en los supuestos de separación —con consentimiento del Estado matriz—.

Finalmente, en el décimo capítulo, José Manuel Vera Santos (catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos) analiza el fenómeno de la secesión en relación con el derecho de excepción, la configuración de dicho derecho en la Constitución española (artículos 116 y 55.1 de la CE) y sus tres estados —alarma, excepción y sitio—; centrándose, en relación con el primero, en los supuestos fácticos, la legitimación para su adopción y su control parlamentario, así como en las dos ocasiones en las que, hasta el momento, ha sido declarado en España: debido, por un lado, al conflicto laboral entre los controladores aéreos y AENA y, por otro, debido a la actual pandemia generada a raíz de la COVID-19.

En suma, nos encontramos ante una obra con hondo pensamiento crítico, a la par que minuciosa, que resulta de imprescindible lectura para

juristas, profesionales del derecho, así como para todas aquellas personas con interés en conocer el alcance internacional, y su reverso constitucional, del fenómeno de la secesión de entidades territoriales y su respuesta a la misma.

Juan Bautista **Cartes Rodríguez***

* Universidad Complutense de Madrid, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9469-5154>, jcartes@ucm.es.

MORÁN BLANCO, Sagrario, *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, 381 pp.

La literatura científica en el campo de las relaciones internacionales está necesitada de trabajos que, de la manera más completa posible, aborden el fenómeno del narcotráfico en América con énfasis en sus principales dimensiones. La obra de la profesora Sagrario Morán viene a colmar, en este sentido, una laguna en razón de dos motivos: por una parte, realiza un riguroso examen que tiene en cuenta la práctica de la región latinoamericana, pero que, asimismo, supone un extraordinario análisis teórico del fenómeno en sí y de las conductas que le son afines; y, por otra parte, penetra en la realidad americana del narcotráfico con un enfoque preferente desde las posiciones de los Estados latinoamericanos y caribeños, pero, al mismo tiempo, relata e interpreta la labor realizada por la OEA en esta materia. Toda una ingente tarea que adivina los detalles del narcotráfico y los medios para combatirlo.

La obra está muy bien estructurada y ordenada, y sigue, en la más fiel tradición francesa, una sistemática que facilita su lectura y que hace atractivos cada uno de sus componentes. Dos partes perfectamente delineadas y vinculadas entre sí por un mismo hilo conductor permiten al lector conocer los entresijos del fenómeno del narcotráfico en América Latina en cuanto pormenoriza los aspectos que los definen y distinguen. En una postura especial, la autora incorpora una introducción en cada parte; en la primera en particular aporta definiciones, conceptos, factores y elementos especialmente útiles para la investigación, al tiempo que convence al lector de la necesidad de seguir el relato. La vinculación entre el crimen organizado y el narcotráfico es analizada con todo detalle y precisión, y se llega a la conclusión de que el narcotráfico es una expresión primordial del crimen organizado, lo que se justifica con creces en el razonamiento de la autora.

La primera parte, además de lo señalado, cuenta con tres capítulos más que guardan una relación lógica y en los que se examinan con solidez aspectos centrales que presenta el narcotráfico en la región latinoamericana.

Ante todo, a través de un análisis bastante completo, Morán Blanco hace un recorrido de mucho interés por el problema de las drogas en el marco de la producción y el tránsito, así como los aspectos que lo definen como un lucrativo negocio para quienes participan en la actividad del narcotráfico. En este campo, se destina un apartado específico a la situación de México que siempre ha interesado a la doctrina científica y que, además, aporta una rica práctica al estudio del fenómeno en perspectiva internacional. Es probable que lo más destacado sea la prolija información que proporciona la autora y lo fundamentado de los datos que maneja en el estudio de la materia.

Sin ninguna duda, uno de los capítulos de mayor interés es el relativo a las consecuencias que produce el narcotráfico, que son estudiadas, en concreto, en el entorno latinoamericano. De una manera muy ordenada, la autora desgrana los efectos que este fenómeno tiene en los principales sectores de la actividad humana, por lo que no se limita a una exposición descriptiva, sino que, por el contrario, sienta las bases para que se comprenda en toda su amplitud el narcotráfico. Las consecuencias políticas, económicas, sociales, e incluso medioambientales son examinadas con esmero por parte de la autora y cada uno de los apartados que destina a estas cuestiones abre caminos para futuras investigaciones. En cualquier caso, hace bien la profesora Morán en otorgar una relevancia particular a la corrupción como consecuencia específica de las actividades del narcotráfico y, desde luego, acierta en el estudio de los perfiles que delimitan este comportamiento en su nexa con otros comportamientos delictivos.

El último capítulo de la primera parte aborda uno de los ámbitos que merecen una especial atención en el campo del estudio del narcotráfico. La violencia es mucho más que una consecuencia de este fenómeno y, en todo caso, como lo indica la autora, y así lo analiza, es la principal consecuencia del problema de las drogas. Los postulados que sostiene la autora son reposados y resultado de un conocimiento seguro que va desvelando los enigmas que la violencia produce en la región latinoamericana en su vinculación con el fenómeno del narcotráfico. La situación en Brasil es ciertamente especial e ilustra muy bien el contexto de la región latinoamericana, así como la violencia socava las bases de la convivencia social. Por esto, Morán Blanco se detiene en el examen de la situación en este país y ahonda en los aspectos que delimitan la violencia y la inseguridad en este caso. Es realmente recomendable la lectura de las páginas que se destinan al examen de las maras y pandillas juveniles, de tal manera que la autora hace

alarde, con razón, de los profundos conocimientos que tiene en esta materia. La narración que se realiza refleja, con toda claridad, los devastadores efectos del narcotráfico en relación con ciertos grupos sociales y algunos grupos humanos, como los niños o adolescentes. De todas maneras, la autora procede a estudiar este aspecto aportando muchos elementos para el debate y llega a conclusiones certeras a la luz de la práctica que tiene lugar en muchos países latinoamericanos.

En definitiva, la primera parte de la obra, con un enfoque más centrado en las relaciones internacionales, suministra al lector datos, información y referencias que deben ser tenidas en cuenta en cualquier estudio que se realice sobre el narcotráfico en América Latina y el Caribe. Sobre esta base se asientan las incursiones que realiza la autora en campos tan delicados y difíciles de analizar, como la violencia en la región, el fenómeno de las maras o el sector de la corrupción. Todos ellos son ámbitos que estén estrechamente ligados al narcotráfico.

La segunda parte tiene, sin perder la perspectiva de las relaciones internacionales, también un significado más jurídico. Con suma precisión, la autora escalona los niveles de acción y cooperación entre los Estados de la región latinoamericana en la lucha contra el narcotráfico, dejando claro desde el principio que es preciso combatir esta lacra que asola a la región, y que, para ello, es necesario activar y penetrar con mayor intensidad en el campo de la cooperación internacional. En realidad, Morán Blanco examina distintos espacios de lucha contra el narcotráfico, comenzando con el que se lleva a cabo por parte de los Estados mediante su política interna y la aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta línea, el detalle de las políticas estatales, de la militarización en el combate contra las drogas, de las consecuencias de la impunidad y de los aspectos concernientes a las reformas penales constituyen el panorama esencial que es objeto de análisis.

A partir de ahí, la autora penetra en el campo de la cooperación internacional y lo hace con suma delicadeza distinguiendo cada uno de los espacios y sectores de la cooperación que se ven implicados a la hora de erradicar el narcotráfico en la región. En este caso, la autora distingue cuatro niveles, todos ellos de gran interés, aunque quizá se pudieran destacar los comentarios y observaciones que hace en relación con los postulados de los esquemas de integración que tienen lugar en la región y las posiciones que se han adoptado en las relaciones de América Latina con otras regiones del plane-

ta, por lo que habrá que detenerse en los vínculos que la región tiene con la Unión Europea. En síntesis, los marcos de la cooperación interestatal y multilateral están muy bien diseñados y, lo que es más importante todavía, circunscriben los campos de análisis y apuntan las líneas de colaboración que ha ido desarrollando América Latina con el objetivo de acabar con el narcotráfico y reducir sus efectos en la región.

A mi juicio, supone un acierto haber incorporado en el título de la obra la referencia a la labor de la OEA porque, en realidad, el último capítulo de la segunda parte tiene un especial carácter y dispone de envergadura suficiente para que se estime que es una de las principales aportaciones de la doctora Sagrario Morán a la doctrina científica en el sector de la lucha contra el narcotráfico y, en especial, en América Latina y el Caribe. La visión hemisférica de la cooperación contra las drogas ilícitas es imprescindible y refuerza otros ámbitos de la colaboración entre los Estados americanos. En ese caso, la autora realiza un estudio sosegado, diferenciando distintos periodos en la tarea que la Organización continental ha realizado para combatir el narcotráfico. En este sentido, las tres etapas que se indican expresan adecuadamente los pasos que la Organización ha ido dando y los cambios que se han producido en sus estrategias para afrontar el problema de las drogas. Asimismo, en estas etapas se adivinan las dificultades y obstáculos que todavía existen para que los Estados de América den una respuesta satisfactoria a un problema tan complejo y enrevesado como es el narcotráfico.

Como dice José Luis Soberanes, insigne historiador y destacada personalidad de México, en el interesante relato que hace en el prólogo a esta obra:

Hace mucho que el ciudadano común, acostumbrado a leer de las milenarias muertes que reportan los diarios casi a diario, ha perdido ya la noción de lo que realmente pasa en la parte latina de América. ¿En qué momento la piedad desapareció del mapa?; ¿cuándo fracasaron los intentos de pacificación?; ¿de dónde salen los cientos de secuestradores y asesinos que día a día asolan la región? Todas estas preguntas de vez en cuando aparecen en las conversaciones cotidianas sin encontrar respuestas convincentes.

Pues bien, la doctora Morán Blanco trata de resolver estas interrogantes con una perspectiva de las relacionales internacionales y pone el acento,

entre otros aspectos, en la labor que ha realizado y realiza la OEA para combatir el narcotráfico, detallando e interpretando los instrumentos adoptados, descubriendo su valor y alcance y, sobre todo, examinando las esencias de su contenido.

La conclusión más acertada es que resulta conveniente la lectura de la obra que ahora se comenta tanto para quienes quieran profundizar en el fenómeno del narcotráfico en América Latina y los componentes primordiales que configuran la lucha contra este fenómeno como para los iniciados en el campo de las relaciones internacionales y el derecho internacionales. Aquí encontrarán, si se permite la expresión, una obra “indómita” en la que la autora no se doblga a la realidad que representa el problema de las drogas, sino que apunta y detalla todo tipo de soluciones para socavar las perversas consecuencias que el narcotráfico tiene en la región. El punto final para la profesora Sagrario Morán no es otro que el respeto y la defensa de los derechos humanos.

Elena Carolina **Díaz Galán***

* Universidad Rey Juan Carlos, España; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0914-8944>, elena.galan@urjc.es.

KALMANOVITZ, Pablo, *The Laws of War in International Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 185 pp.

Pablo Kalmanovitz, profesor-investigador del Departamento de Estudios Internacionales del CIDE, se sumó recientemente a la lista selecta de monografías que integran la prestigiosa y apasionante serie sobre la *Historia y Teoría del Derecho Internacional* de Oxford University Press, con una magnífica historia intelectual sobre el derecho de guerra.

Desde la “Introducción”, el autor alerta que no pretende resolver los enigmas persistentes de los debates contemporáneos sobre la ética de la guerra, sino reconstruir los argumentos y las creaciones conceptuales que a lo largo de la historia han sentado las bases de los vocabularios —y de la gramática, añadiría yo— que constituyen el derecho de guerra, como lo conocemos en la actualidad. No se trata, aclara Kalmanovitz, de “extraer lecciones del pasado para el presente”, sino más bien de entender cómo es que esas creaciones intelectuales llegaron hasta nuestros días. El libro incuestionablemente logra dicho objetivo, que el autor presenta modestamente, pero que en realidad es una labor titánica. *El derecho de la guerra en el pensamiento internacional* es un auténtico *tour de force*, que nos lleva desde Francisco de Vitoria hasta Gustave Moynier. Considerando el breve, pero rico epílogo, habría que incluir en este recorrido el pensamiento de Cançado Trindade, así como algunos de los grandes proyectos sobre el derecho en tiempos de globalización.

El libro de Kalmanovitz es mucho más que una recapitulación erudita y auténtica del derecho de guerra a través de la interpretación del pensamiento de los clásicos —tarea que tiene mérito por sí misma, tomando en cuenta el vasto y minucioso estudio de las fuentes originales—. La narración cautiva al lector al grado de hacernos pensar *con*, *contra* y desesperadamente *en torno* al pensamiento difícil e incluso místico de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio, Christian Wolff y Emer de Vattel, entre otros. Ello se debe, en buena medida, a un estilo de escritura que tiene un ritmo fascinante, capaz de reflejar las perplejidades del pensamiento con el que lidia, recordándonos constantemente que nunca vamos a encon-

trar armonía en las ideas de estos hombres, sino una tonalidad compleja. La narración de Kalmanovitz sigue fielmente las ideas sobre *ius ad bellum*, *in bello* y *post-bellum* (esto es, el conjunto del régimen legal que le ocupa) desde los Escolásticos hasta la actualidad, revelando dichas ideas en sus fuertes contradicciones. Entendemos así, paso a paso, cómo en su intento por domar a la bestia de la guerra, los pensadores del derecho de guerra convierten a la bestia en un acompañante aceptable (para la sociedad internacional) de los gobernantes. Desde un punto de vista estético, el libro de Kalmanovitz abre la puerta a una “nueva complejidad” en la manera de escribir sobre el derecho internacional. Ello es importante, pues se trata de un recurso estilístico oportuno para evitar que caigamos en el conformismo de lo dado (de la aparente armonía). Y aquí sí hay un *futuro pasado*, ya que como recuerda el autor, las perplejidades e incluso paradojas en el pensamiento sobre la guerra justa de los escolásticos de Salamanca son sorprendentemente similares a las que aquejan hoy en día a quienes piensan sobre el derecho de guerra y el derecho internacional en general. Y por supuesto que el libro nos permite extraer una serie de lecciones para el presente y el futuro, pero no a manera de lecciones aprendidas, sino de *lecciones no aprendidas* o quizá imposibles de aprender. Abordaré sólo cuatro que me parecen especialmente importantes, pero hay muchas más (cada lector extraerá las suyas).

Primera lección no aprendida. En el curso de *Derecho Internacional Público I* que imparto en el ITAM, suelo iniciar con un debate sobre la idea de que el derecho internacional es una eterna pugna argumentativa entre el derecho natural y el derecho positivo —idea expuesta en el pensamiento crítico de Martti Koskenniemi—. El libro de Kalmanovitz es una ilustración histórica de dicha idea, como lo muestran los rebuscados diálogos entre el *ius gentium* romano y la conciencia moral cristiana en los escolásticos (capítulo primero). Si bien se podría pensar que, a fin de cuentas, la conciencia moral y el iusnaturalismo toman la primacía, creo haber entendido que ello no es así, o al menos no así de sencillo. Kalmanovitz constantemente refuta a quienes optan por estas narrativas binarias (*triunfo del derecho natural sobre el derecho positivo, e. g.*). Es cierto, la lógica aristotélica-tomista prevalece sobre Cícero y el *corpus iuris* en las doctrinas de Vitoria, Suárez, colegas y pupilos. No obstante, el recurso a las doctrinas cristianas opera desde (y se justifica con) el *ius gentium*, al tiempo que el *ius gentium* cobra sentido a la luz de la moral cristiana. De tal suerte, el derecho de guerra

escolástico se experimenta en la relectura de Kalmanovitz como un gran sistema de referencias cruzadas entre subsistemas, o bien, un metasistema autoreferente, imposible de simplificarse en una lógica binaria conforme a nuestros cánones jurídicos clásicos. Lo más intrigante de esta primera lección, es que, actualmente, los mismos parámetros resultan igualmente frustrantes para entender desarrollos jurídicos contemporáneos, incluyendo destacadamente en *ius ad bellum*, donde el derecho positivo lidia con nuevas doctrinas de guerra justa desde adentro (de la Carta de Naciones Unidas), y la teoría de la guerra justa no se piensa a sí misma desde afuera (del derecho) —eso es lo que me resulta escalofriante de la disciplina de la ética de la guerra—.

Segunda lección no aprendida. Contrario a una postura dominante, Hugo Grocio no marca el triunfo del positivismo con su doctrina de la “guerra solemne” (capítulo segundo). Ciertamente, Grocio fundamenta dicha doctrina neo-romana en la validez derivada de las declaraciones formales de guerra entre soberanos, haciendo a un lado ideas escolásticas sobre la guerra como una especie de administración de causas justas (un poder de jurisdicción, como dice el autor). Al argumentar que el privilegio de conducir hostilidades recae en los soberanos, independientemente de la justicia inherente a su causa, Grocio coloca al derecho de guerra en la esfera de una “justicia externa”, que es minimalista porque su objetivo es limitar el recurso y la duración de la guerra (y no tanto los horrores durante la guerra). De tal suerte, nos recuerda Kalmanovitz, el derecho externo de las naciones es un “imperativo minimalista”, el *ius gentium* un sistema moralmente inferior para Grocio. A partir de ello, Kalmanovitz apunta a dos asuntos fundamentales. Primero, la comprensión del derecho de Hugo Grocio pareciera sugerir que uno de los “padres fundadores del derecho internacional” en realidad vislumbraba al orden internacional como una diversidad de sistemas normativos. Segundo, y en consecuencia, el derecho de guerra no sirve a Grocio para legitimar el uso de la fuerza. Si recordamos, como lo hace el autor (en este libro y en su obra más amplia), que en la actualidad el derecho internacional humanitario es invocado para legitimar acciones bélicas, entonces podemos extraer otra lección no aprendida a partir de la relectura integral de la obra de Grocio que realiza Kalmanovitz, y que no se limita a *De Iure Belli Ac Pacis*.

Tercera lección no aprendida. Los capítulos tercero y cuarto describen minuciosamente el desarrollo de la “guerra solemne” hacia la “guerra regular”,

o bien, la recepción del trabajo de Grocio que hace Emer de Vattel, en parte basado en los escritos de Christian Wolff. Si ya en Grocio se encuentra el núcleo de la igualdad soberana, la idea de la guerra regular elaborada por Vattel fortifica las construcciones de la diplomacia y la sociedad internacional pluralista que a la fecha permean nuestro entendimiento de lo internacional. Al regular la guerra, los juristas de la Ilustración establecieron mayores restricciones en la conducción de las hostilidades, incluyendo normas elaboradas sobre embargos de propiedad. Aunado al *ius in bello*, las reglas de capitulación y el *ius post bellum* en general también experimentaron un fuerte avance. Todo ello en aras de facilitar el fin de las hostilidades —evitar la prolongación de la guerra es un tema recurrente en los pensadores analizados en este libro—. Sin embargo, este tema recurrente adquiere otra dimensión en Vattel, pues “la guerra regular” conlleva a una gestión razonable de la destrucción causada por la guerra, tratando de equilibrar los dos grandes intereses que están en conflicto en la razón de Estado, a saber: el deseo de limitar los horrores en beneficio mutuo, por un lado, y el ímpetu de vencer al enemigo usando todos los medios necesarios, por el otro. Así, Kalmanovitz logra enfatizar que el pensamiento del derecho de guerra que sobresale en Vattel es la articulación de la regulación de la guerra como una “economía de la violencia”. Administrar la destrucción mediante reglas es considerado el mal menor, y quizá la función más importante del derecho de gentes ante la realidad política internacional. Sin embargo, esta economía de la violencia abre nuevos caminos a la legitimación de la guerra. Los pasajes sobre la economía de la guerra me parecen especialmente relevantes ante la creciente tendencia de la comunidad internacional contemporánea de administrar conflictos.

Cuarta lección no aprendida. Pensaría uno que la circularidad mencionada se superaría a más tardar con la codificación del derecho de guerra, es decir, con las grandes conferencias diplomáticas de finales del siglo XIX y principios del XX, y la *lex scripta* que surgió allí —para muchos, el inicio del derecho internacional propiamente dicho—. Empero, en el quinto y último capítulo, Kalmanovitz revela con finesa las contradicciones inherentes a la codificación y al desarrollo progresivo. Y ello no sólo de cara al incipiente rol de los actores no estatales en la creación del derecho de guerra —aquí hablamos sobre todo de los jurisconsultos, como Bluntschili y Martens, que acompañaban a las delegaciones de los Estados en dichas conferencias—. Las paradojas de la codificación y del desarrollo progre-

sivo se refieren al propio método de creación normativa, que oscila, una vez más, entre el derecho puesto por la práctica de los Estados, y aquel derivado de la moral, en este caso ya no predominantemente religiosa, sino de tinte más bien cultural: el *ius positum* contra el positivismo de Auguste Comte, si se quiere. En otras palabras, la fe en el progreso de la humanidad —como lo entendían los hombres de los crecientes gremios profesionales tipo *Institut de Droit International*— debía domar el ímpetu bélico de los Estados. De ahí que esos jurisconsultos se comprendieran a sí mismos como los vocales de la conciencia pública de la humanidad civilizada. Vemos aquí, entonces, a la opinión pública mundial en cierta oposición o, al menos, tensión frente a la *opinio iuris*, o bien, complementando a esta última. Ello nos hace pensar en algunas ideas contemporáneas sobre el derecho de la humanidad, sobre todo en la tesis de la *colère publique mondiale* de Andeas Fischer-Lescano, quien dimensiona la cláusula Martens mucho más allá del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, no es difícil ver cómo los esfuerzos por humanizar la guerra siguen atrapados en la paradoja de abrir los espacios a lo que se intenta combatir. “El dilema de los humanitarios” es otra forma de domar la bestia y hacerla un acompañante aceptable. Pocos lamentaron este dilema con la franqueza de Gustave Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, para quien el concepto de “guerra humana” es un absurdo, pero quien al mismo tiempo entendió la necesidad pragmática de trabajar con los militares, y no contra ellos. La narración de Kalmanovitz nos permite comprender cabalmente lo que significa esa “danza compleja” entre los profesionales de la guerra y los críticos humanitarios, de la que habla David Kennedy en *Of War and Law*; una danza que ha estado allí al menos desde Vitoria, y cuyos ritmos dicta la intrincada relación entre el derecho y la guerra. Al transmitirnos todos esos ritmos, el libro de Pablo Kalmanovitz es mucho más que una historia intelectual sobre el derecho de guerra, convirtiéndose en un instrumento que, si se le escucha con cuidado, nos sensibiliza enormemente sobre la función del derecho con respecto a la violencia. Enfatizar su rol de contención, como lo hace el término “derecho internacional humanitario”, trae consigo el riesgo de olvidarnos de su papel facilitador, nos recuerda el autor. En cambio, “derecho de guerra” no oculta la aporía persistente de esta disciplina, que también permea el pensamiento internacional en sus dimensiones más amplias, como en el caso de la idea de la comunidad

internacional, la cual no deja de oscilar entre los intereses de los Estados y los de la humanidad.

En el epílogo, el autor incursiona en el rol que desempeña el neo-humanismo —caracterizado por la tesis de convergencia de los regímenes de derechos humanos, humanitario y penal— en la perpetuación de los conflictos armados. Ello es de enorme importancia de cara a los conflictos postmodernos motivados por el dinero, como en el caso de la fallida “guerra a las drogas”, que tanto aqueja a países como Colombia y México, los cuales unen al autor colombiano que radica y trabaja en México. Las reflexiones aquí son incipientes, un esbozo que deja al lector ansioso por continuar, y que así lo invitan a seguir el trabajo de un nuevo pensador global sobre el derecho de guerra.

Alejandro **Rodiles***

RESEÑAS

* Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1219-7432>, alejandro.rodiles@itam.mx.

NACIONES UNIDAS (ed.), *Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future* [Setenta Años de la Comisión de Derecho Internacional: estableciendo un balance para el futuro] Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2021, 474 pp.

La Comisión de derecho internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tiene como funciones el codificar y promover el derecho internacional. Tratar de resumir los trabajos de esta Comisión a lo largo de 70 años resulta complejo, ya que son numerosos los proyectos: artículos, conclusiones, directrices y principios, que se han elaborado; también habría que evaluar trabajos que destacan por haberse consolidado en tratados internacionales firmados y ratificados por los Estados, como el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, o el mismo instrumento de la Corte Penal Internacional, por mencionar algunos.

El trabajo de la Comisión, según se plantea en esta obra, no está exento de problemáticas como reconocer cuáles son los alcances y límites en los trabajos de dicho órgano pues en la actualidad existe una diversidad de temáticas que se incorporan en el desarrollo del derecho internacional y que se alejan de los “temas clásicos”, *v. gr.* la responsabilidad estatal y las fuentes del derecho internacional.

Así, en años recientes al incluirse la protección de la atmósfera o la protección del medio ambiente en los conflictos armados en los trabajos de la Comisión ha llamado a la reflexión de los expertos sobre cómo es que la Comisión selecciona los temas no solo para codificar sino para promover el derecho internacional y sobre todo cuál es la participación de los Estados miembros de las Naciones Unidas en este proceso de selección y específicamente si la Comisión tiene las capacidades de tratar temas tan específicos y, en su caso, si participan diversos profesores, diplomáticos, asesores legales, organizaciones no gubernamentales y abogados, cómo es que se convocan y eligen para trabajar con la Comisión.

Lo anterior también da pauta para la reflexión sobre la representación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas en este organismo,

pues desde su creación el número pasó de 15 a 44. No menos importante en esta representación es el tema de la equidad de género, un aspecto que es rescatado en esta obra, ya que se destaca la poca representación hoy día de mujeres en la Comisión de derecho internacional, un asunto que se debe de mejorar desde la Asamblea General al nominar a más mujeres para laborar en la Comisión.

Respecto a este mismo tema de la representación en este organismo subsidiario, a lo largo de la obra, se destaca la labor de los Estados en la Sexta Comisión de Asamblea General sobre asuntos jurídicos que, si bien no es un órgano subsidiario de la Asamblea (como sí lo es la Comisión de derecho internacional), trabaja sobre los proyectos que elabora la Comisión de derecho internacional que habrán de formar la base de los tratados que posteriormente son suscritos por los Estados.

Debido a esto, es fundamental que los Estados miembros de esta Sexta Comisión tengan participación en esta promoción del derecho internacional, pues al final del día son ellos los que habrán de obligarse por estos tratados y de velar por el cumplimiento de estos instrumentos internacionales. Sin embargo, a lo largo de la obra se deja de manifiesto una precaria participación y retroalimentación por parte de los Estados a los trabajos presentados por la Comisión de derecho internacional.

Por otra parte, señalar cuál es el futuro de esta Comisión resulta aún más complejo que hacer un recuento de su trabajo a 70 años, pues aún no es clara la diferencia de los trabajos codificadores de los de promoción del derecho internacional a su cargo, dado que ambas labores parecen no estar disociadas. A esto le debemos añadir la pluralidad de sujetos del derecho internacional con los que actualmente se cuenta en la arena internacional, no únicamente los Estados, y esto aunarlo a las ahora diversas fuentes del derecho internacional, el continuo e inacabado trabajo sobre la costumbre internacional, los principios generales del derecho y también no perder de vista el denominado *soft law*.

De este modo, el título que se reseña es resultado del trabajo de académicos y expertos en la práctica del derecho internacional, quienes reunidos en Nueva York y Ginebra durante mayo y julio de 2018 fueron convocados para conmemorar el Aniversario de la Comisión de derecho internacional y dar testimonio de los incesantes retos que representa la codificación y elaboración de normas en un contexto multilateral.

El volumen publicado en 2021 no sólo nos brinda la posibilidad de indagar en la experiencia de las reuniones en comento, sino que también permite reflexionar en las versiones editadas que los autores de cada uno de los artículos de la obra ponen a nuestra disposición, con las cuales podemos entender lo arduo y azaroso que es el trabajo codificador y de promoción del derecho internacional que desarrolla la Comisión.

La obra se divide en tres partes, cada una compuesta de las siguientes secciones:

Parte 1. Estableciendo un balance para el futuro: la conversación de Nueva York.

Sección 1. La Comisión y el Sexto Comité: retos estructurales.

Sección 2. La Comisión y el Sexto Comité Reflexiones sobre la Interacción en el Pasado y el Futuro.

Parte 2. Estableciendo un balance para el futuro: el Simposio de Ginebra.

Sección 3. La Comisión y su impacto.

Sección 4. Los métodos de trabajo de la Comisión.

Sección 5. La función de la Comisión: ¿Cuánto se identifica la ley existente y qué tanto se propone nueva ley?

Sección 6. El paisaje cambiante del derecho internacional.

Sección 7. La autoridad y la membresía de la Comisión.

Parte 3 Contribuciones de celebración con motivo del septuagésimo Aniversario de la Comisión.

Sección 8. Discursos conmemorativos celebrados en Nueva York.

Sección 9. Discursos conmemorativos celebrados en Ginebra.

Las plumas que participan de este trabajo colectivo son por supuesto conocidos en el ámbito de esta rama del derecho, así encontramos a personajes como: Pedro Comissário Afonso, ex miembro y presidente de la Comisión de derecho internacional, Claudio Grossman Guiloff, profesor de derecho; decano emérito de la American University Washington College of Law y miembro de la Comisión de derecho internacional; Georg Notle, profesor de Derecho internacional en la Universidad Humboldt de Berlín, miembro y ex presidente de la Comisión de derecho internacional; Mónica Pinto, profesora emérita de la Universidad de Buenos Aires y miembro asociado del Instituto de derecho internacional, así como Ale-

jandro Rodiles, profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México y Eduardo Valencia-Ospina, miembro y ex relator especial y presidente de la Comisión de derecho internacional, por mencionar sólo a algunos de ellos y sin pretender restar la relevancia de otros autores que participan de la obra.

Así, en esta obra se da cuenta de los trabajos de la Comisión de derecho internacional a lo largo de siete décadas, en donde se pasa de periodos de gran optimismo sobre los trabajos de la Comisión (en especial durante la llamada “era de oro” en la década de los sesenta), pasando por periodos de incertidumbre e incluso recelo respecto a los alcances de la labor misma que realiza dicho órgano.

Hoy por hoy no se observa el optimismo sobre la elaboración y codificación del derecho internacional que se percibía en la década de los años noventa tras el final de la Guerra Fría, pues esto parecía dar una pauta para facilitar y unificar el derecho internacional. Por el contrario, sobre la codificación y promoción del derecho internacional estamos conscientes que hoy imperan las grandes diferencias e intereses de cada uno de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

En esta ocasión, Eduardo Valencia Ospina señaló que “hay un deseo muy humano de introspección y exploración: aprender las lecciones del pasado para crear un mejor futuro”; un futuro, agregó George Nolte, “para preparar a la Comisión para los retos que deberá enfrentar más adelante”.

Algunos de estos retos explicados en la obra, son por supuesto el flagelo de la guerra que continúa hasta nuestros días, los problemas del medio ambiente y el cambio climático que urgen a la comunidad internacional a tomar acciones al respecto, pues cada vez más presenciamos desastres naturales derivados de estos problemas; también nos enfrentamos al terrorismo internacional y el extremismo que amenazan desde distintas latitudes, y no menos importante vivimos la desigualdad entre ricos y pobres, así como tratar de armonizar los diferentes intereses y perspectivas culturales. Aunado a todo esto, no menos relevante es considerar en esta codificación y promoción del derecho internacional no escapa a la pluralidad de actores del derecho internacional mencionado anteriormente y que hoy incluyen a las organizaciones internacionales, los individuos y las corporaciones.

Finalmente, la obra permite aproximarnos al hecho de la escasa participación de los Estados en la celebración de tratados multilaterales sobre temas de derecho internacional en la actualidad, denominándole a este hecho

como la “fatiga de los tratados”. Lo anterior se refleja en la escasa propuesta de los Estados sobre nuevos temas a discutir. Inclusive se menciona que son muy pocos los Estados que participan de los debates de la Sexta Comisión referente a los reportes de la Comisión de derecho internacional; asimismo, se indica que hay un número insuficiente de Estados que comentan sobre el trabajo mismo de la Comisión y que en caso de emitir comentarios no son detallados ni atienden a la verdadera sustancia de las propuestas, esto representa un gran problema en los procedimientos de la Comisión de derecho internacional.

Después de la lectura de la obra se percibe la importancia de la labor de la Comisión de derecho internacional para esta rama del derecho. Esta es una lectura que, aunque suene trillado, debería ser obligada para quienes tenemos interés en el derecho internacional y así poder reflexionar y debatir sobre el futuro de este órgano subsidiario de cara a los nuevos retos y oportunidades.

Evelyn Téllez Carvajal*

* Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación, México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6136-6821>, evelyn.tellez@infotec.mx.

ATILANO, Tania Ixchel, *International Criminal Law in Mexico. National Legislation, State Practice and Effective Implementation*, Berlín, Asser Press/Springer, 2021, 334 pp.

A pesar de que la doctrina penal conservadora opine lo contrario, la comisión de una considerable cantidad de delitos configura, al mismo tiempo, la violación de derechos humanos. De ahí que el sistema penal debe ser considerado un sistema de protección de los derechos de la persona humana, e incluso de personas jurídicas y organizaciones. Esta concepción impacta en dos vertientes: las fiscalías de Justicia deben procurar el acceso a ese derecho humano denominado justicia, mientras que los tribunales —locales, federales e internacionales— confirman, mediante sus resoluciones y sentencias, el acceso a ese valor e interés social (bien jurídico) fundamental de la comunidad internacional. Esta es la concepción que se ubica en el origen de la obra que aquí se reseña.

El libro se compone de cuatro grandes apartados, a los que antecede una detallada introducción. El primer apartado está dedicado a rubros generales y a la configuración del Estado mexicano, así como su relación con el derecho internacional. Aquí se desarrollan algunas líneas directrices relativas al sistema legal mexicano, varias particularidades de su modelo que podrían dificultar la persecución de crímenes internacionales, y el derecho internacional en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El segundo apartado está dedicado a la incorporación de los grandes rubros del Estatuto de Roma, su ratificación y estatus en la legislación mexicana, mientras que el tercer apartado está enfocado en la interpretación y aplicación del derecho penal internacional en México, donde se abordan los crímenes de guerra, violaciones al derecho humanitario y su vinculación con la normativa que rige a las fuerzas armadas mexicanas. Se desarrollan, también, casos paradigmáticos verificados en México, como el denominado Halconazo, el caso Radilla, la masacre de Acteal o la de San Fernando y el caso Cavallo, así como el conflicto armado en Chiapas o el caso de Martha Alicia Camacho.

Finalmente, el cuarto apartado está dedicado al marco jurídico vinculado a la incorporación del derecho penal internacional, lo que tiene una utilidad práctica importante, pues juega un rol de directriz para el lector que pretenda llevar a la práctica los postulados de la obra. Este apartado justifica la última parte del título de la publicación: “State Practice and Effective Implementation”. Más aún: el libro concluye con dos apéndices —además de un índice temático—, que contienen importantes antecedentes documentales vinculados al desarrollo de la obra y algunas imágenes que dejan constancia de lo argumentado páginas atrás, lo que evidencia una tarea de investigación con rigor y solidez, digna de una tesis doctoral elaborada y defendida exitosamente en Alemania.

Es cierto, como lo advierte la autora, que en México no ha habido una dictadura militar, pero sí una marcada hegemonía de un sólo partido político que, en su calidad de antecedente histórico-político, ha delineado la falta de compromiso de México con los organismos internacionales de justicia, especialmente los de carácter penal. A estos factores se suman los altos costos económicos para que las víctimas puedan acceder a esquemas internacionales de justicia, para luego enfrentarse a los desafíos del idioma, sus distintas traducciones y complejas terminologías. Parece que todo está diseñado para no funcionar. Por eso resulta plausible que la autora manifieste su preocupación por los esfuerzos realizados por las nuevas generaciones de estudiantes, cuyo enfoque ha sido el del funcionamiento de la Corte Penal Internacional, pero no precisamente el de su aplicación a los casos de masacres sucedidas en México.

El futuro de las investigaciones en esta materia —advierte la autora—, debe enfocarse en los periodos de violencia post revolucionaria en México, seguidos de la masacre del 68 y la guerra contra las drogas. Pero también debieran abordarse los aspectos que han provocado que el sistema de justicia haya sido instrumentado para fines políticos, como sucedió en la etapa de la guerra sucia. De ahí que el libro contemple un apartado, considerablemente amplio, de propuesta de reformas legislativas que podrían ser útiles para destrabar el sistema.

Dos últimos apuntes: primero, puedo afirmar que no hay una obra similar en México, por lo que su divulgación a escala nacional debiera ir acompañada de un debate serio acerca de nuestro sistema de justicia y de sus alcances más allá de nuestras fronteras. En segundo lugar, la próxima edición debiera incluir el análisis de la desaparición de los 43 normalistas

de Ayotzinapa. Si bien la ausencia en el tratamiento de este caso se justifica por los tiempos en los que fue desarrollada la tesis doctoral que originó el libro, el caso de Ayotzinapa confirma los postulados expuestos por Atilano: la hegemonía que por décadas tuvo un sólo grupo en el poder político, sentó las bases para que en México operara, abiertamente, un aparato organizado de poder, no sólo corruptor y explotador, sino que también operó la privación de la vida de seres humanos, precisamente, a través de las instituciones que debieran proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de quienes perdieron la vida.

Miguel Ontiveros Alonso*

* Universidad Autónoma de Chiapas, México, moa@criminalcompliancecMexico.com.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, 249 pp.

El auge de la globalización ha incrementado la cantidad de asuntos en la jurisdicción de familia en los que existe al menos un elemento internacional. Concretamente, en los últimos años, dado el creciente número de personas que acuden a la contratación de “vientres de alquiler”, y los efectos derivados de esta técnica de reproducción, se puede afirmar que está llamada a ser un *trending topic* en el marco transnacional actual. Ello es debido a que la misma es aceptada en unos países y rechazada en otros, tanto desde la perspectiva legal, como desde una mera fundamentación ético-moral, teniendo por consecuencia que muchas parejas crucen la frontera hacia la búsqueda de ordenamientos jurídicos en los cuales esta práctica sea permitida.

Evidentemente, nos hallamos con situaciones jurídicas de las que se derivan diversos y variopintos “modelos sociales y jurídicos de vida”, inspirados en concepciones diferentes y, con frecuencia, opuestos e incompatibles. En esta nebulosa jurídica debe estar muy presente el interés superior del menor. Tal criterio es determinante para solicitar y adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad. Ahora bien, sin olvidar la complejidad que dicho concepto posee, su contenido deberá determinarse caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada niño, esto es, debe concebirse como flexible y adaptable, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales.

La valiosa e interesante obra, objeto de esta recensión, se distribuye en ocho preciados capítulos. De este modo, la doctora Albornoz realiza un profuso análisis en el capítulo I con el título “La filiación y la gestación por sustitución en el trabajo de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”. Focaliza su atención en el Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución denominado “*Parentage / Surrogacy Project*”, realizado en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. El Consejo, órgano máximo de la Conferencia, está integrado por representantes de todos los Estados miembros provenientes de países de tra-

diciones jurídicas distintas coadyuvando, esta diversidad, a enriquecer las discusiones. La autora narra las seis reuniones llevadas a cabo por el grupo de expertos destacando en cada una de ellas las conclusiones y recomendaciones emanadas en torno al complejo tema de facilitar la vida de las familias, garantizar el respeto de los derechos de las personas y, especialmente, salvaguardar el interés superior del niño. Así las cosas, la doctora Alborno, a modo de conclusión, pondera el gran trabajo realizado por el grupo de expertos al entender que, tomar en conciencia la gran problemática que afecta a las familias en el plano internacional, y de manera particular a las personas cuya filiación, legalmente establecida en un Estado, no puede ser reconocida en otro, conlleva evaluar situaciones altamente controvertidas.

El segundo de los capítulos, bajo el título “Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco” la doctora Cantoral Domínguez sigue un hilo conductor que parte desde revivir los orígenes de la gestación subrogada en Tabasco hasta desembocar en la regulación actual y la problemática derivada de la misma. En aras de completar este detallado estudio, el capítulo está sistematizado de una manera adecuada y coherente que permite al lector ir adentrándose en el discurso obteniendo a la vez información teórica, aportada mediante un amplio estudio legislativo y jurisprudencial, junto con una visión práctica para la reflexión a través de la entrevista a una mujer gestante.

Al servicio de los objetivos mencionados, la autora concluye este profuso análisis afirmando que la regulación vigente sobre gestación subrogada en el Código Civil del Estado de Tabasco es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas, porque si bien se continúan celebrando contratos conforme a lo que establece la normatividad, bajo la apariencia del buen derecho, cumplen en cuanto a forma, no así en cuanto al fondo, toda vez que las mujeres que participan como gestantes cuentan con un nivel educativo mínimo y lo hacen con el objetivo de obtener un beneficio económico.

Partiendo de esta consideración, estima que, para llevar a cabo este acto jurídico normativo, se requiere adoptar un modelo interdisciplinario, en el que los acuerdos de gestación por sustitución se autoricen a través de la Secretaría de Salud, y se garanticen los derechos de todas las personas que intervienen en este procedimiento médico.

El capítulo III, “El régimen jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados en el artículo 160

del Código Civil español”, de la mano de la doctora Díez García, centra su atención en el arduo análisis del precepto *supra* mencionado en el título, con motivo de la gran reforma operada por las leyes 8/2015 y 26/2015, de 22 de julio, en lo que concierne a las relaciones entre hijos menores y sus progenitores. La autora aprecia que, conforme a la redacción anterior, eran los progenitores quienes tenían derecho de relacionarse con sus hijos menores. En cambio, en la actualidad, son esos hijos menores quienes tienen el derecho a relacionarse con sus padres. Este categórico cambio, bajo la opinión fundada de la doctora Díez, resulta elocuente, en cuanto expresa, un determinado modo de fundar dichas relaciones. Magistralmente, la profesora Díez García estima que, teniendo en cuenta la ubicación sistemática del precepto y su relación con estas otras disposiciones, cabía considerar que ese derecho de visita o de relación era uno más de los derechos-deberes que integran el contenido de la patria potestad que se conectaba directamente con el derecho-deber de vela. De este modo, resultaba posible concebir que su fundamento último descansaría en el mismo artículo 39.3 de la Constitución Española. Además, apropiadamente, apunta que, el artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce y obliga a los Estados parte respetar “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”. Magníficamente, la autora ofrece al lector seis inspiradoras conclusiones que giran en torno a la compleja interpretación legal y jurisprudencial de las relaciones del menor con su núcleo afectivo y/o familiar, interpelando al operador jurídico que no ignore la ponderación de los derechos fundamentales afectados, así como todas las medidas acordadas han de justificarse como necesarias y proporcionadas al fin de velar por el superior interés del menor.

El IV de los capítulos retoma la temática de la gestación subrogada, en esta ocasión, buscando un enfoque complementario al estudio realizado en el segundo de los capítulos de esta obra, situando su mirada en el “Debate en torno a la gestación subrogada en México”.

Bajo esta ambiciosa rúbrica, las maestras Esparza Pérez y Fulda Graue analizan la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en México, tomando en especial consideración los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre determinación de la filiación en procedimientos de reproducción asistida.

Se trata, en definitiva, de un trabajo que tiene el innegable mérito de revisar un tema complejo y actual partiendo de si la gestación subrogada debe ser regulada o prohibida en general, de la remuneración económica para la mujer gestante y de la definición de quienes deben tener acceso a celebrar este tipo de acuerdos.

Partiendo de la realidad existente en México, en donde la ausencia de una regulación a nivel federal sobre el acceso y práctica de TRHA genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas, concluye que ello conduce a actos arbitrarios y discriminatorios contra quienes buscan servicios de reproducción asistida.

Conociendo la información y la reflexión de las personas directamente involucradas en el proceso, el capítulo permite al lector valorar más la discriminación y vulneración de las partes contratantes y afianzar la defensa y la garantía de los derechos, deberes y libertades, que requiere una regulación clara en la materia que reconozca las diversas complejidades de la práctica.

Seguidamente, da comienzo el capítulo V cuya autora, la doctora González Martín titula “Gestación por sustitución, adopción internacional y el interés superior del menor en el contexto mexicano: ¿caminos de encuentro o divergentes?”. Parte de la base de una evidente problemática: cuando una pareja decide ampliar la familia y hay un impedimento natural o médico para procrear o gestar, las únicas dos vías por las que pueden optar son la gestación por sustitución y la adopción. Sabiamente, la autora afirma que, ambas figuras, transitan por rutas diferentes, pero al mismo tiempo conectadas ante soluciones de mucha actualidad, en tanto que, ante la desprotección del hijo/a concebido/a a través de un acuerdo de maternidad subrogada, se opta por la inscripción de éste como adopción. A mayor abundamiento, aclara que, ya sea a través de un vientre de alquiler o de una adopción internacional, se llega al mismo fin, dado que se integra o incorpora un menor o menores a una determinada familia con carácter de hijo de los padres —padres intencionales o padres adoptivos—. Tras un detallado recorrido por el sistema jurídico internacional y mexicano respecto de ambas instituciones del derecho privado, la doctora González Martín realiza una parada sosegada para tratar como se merece el principio del interés superior del menor, destacando su difícil definición en un contexto social impregnado de variantes legales y culturales innegables que, en muchas de las ocasiones, impiden su aplicación con suma claridad, existiendo,

sin duda alguna, una latente relatividad y dificultad. De este modo, la autora alumbra unas sólidas conclusiones con postulados sobresalientes, que deben alertar tanto al legislador, así como al Poder Judicial al entender que, tal realidad debe resolverse bajo el principio del interés superior del menor, aun considerando abstracto tal criterio.

El capítulo VI, a cargo de la doctora Pérez Fuentes, distanciándose de un mero análisis descriptivo se adentra en la reflexión crítica, persiguiendo incentivar el debate doctrinal de presupuestos que hallándose pacíficamente asentados en el derecho de familia, convendrá reformular bajo la perspectiva de la protección de la persona y su dignidad.

El eje sobre el que gira esta reflexión es la constitucionalización del derecho civil en México, partiendo como objetivo general del análisis de la dignidad de la persona para determinar su influencia en el derecho de familia y romper así con el paradigma de la concepción generalizada sobre la patrimonialización del derecho, reconociendo los diferentes tipos de relaciones familiares con una nueva concepción jurídica protegida por la Constitución, en un ámbito superior del concepto familiar tradicional, que implican un cambio paradigmático en las consecuencias tradicionales del derecho privado.

La incorporación del principio *propersona* y la presencia de algunos otros principios, como el interés superior del menor, consolidan este cambio diferencial que existe en México y que va conformando una doctrina propia de nuestro tiempo, en donde el derecho civil, de carácter patriarcal romano, ha dado paso al interés superior de la niñez.

Nos hallamos ante una significativa contribución doctrinal y una obra de obligada referencia e indispensable en el ámbito de investigación del derecho de familia.

A continuación, el capítulo VII presta atención a “La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español”, según la percepción *ius civilista* de la doctora Quicios Molina. Como punto de referencia, la autora sostiene que las empresas oferentes en España de servicios combinados de asesoramiento y facilitación de la gestación subrogada en los países donde se permite (y que no quieren ser llamadas agencias intermediarias) han hecho posible que ciudadanos españoles acudan a estos países para satisfacer su deseo de ser padres mediante gestación subrogada, y mientras este mercado exista prosperará la deman-

da de inscribir como nacionales españoles a los nacidos de una gestación por sustitución. En este contexto, la doctora Quicios relata el dramático caso ocurrido en el verano de 2018 en el que más de 30 matrimonios españoles varados en Ucrania, con los menores ya nacidos, se encuentran sin inscripción registral ni, consecuentemente, pasaporte español para poder viajar con ellos a España. También realiza un pormenorizado estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atendiendo a circunstancias como ciertas reclamaciones de nacionales que quieren ver reconocida por su país de origen la paternidad o la maternidad tan deseada al amparo de un contrato de gestación subrogada.

Sensatamente, la doctora Quicios señala que son los registros civiles consulares los que, se enfrentan en primera instancia al problema de la determinación de la filiación de los nacidos como consecuencia de una gestación subrogada contratada por nacionales españoles en el extranjero. A este respecto, no hay que olvidar que los registros consulares siguen las instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, dependiente del Ministerio de Justicia, ahora llamada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Interesa destacar el exhaustivo recorrido que la autora realiza por toda la normativa española —Código Civil, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley del Registro Civil— y cómo influye en la compleja tarea de la determinación de la maternidad de la madre gestante, las consecuencias de una posible renuncia y la determinación de la filiación respecto de los comitentes. Asimismo, dedica unas interesantes líneas a la posibilidad legal que pudiera poseer aquel comitente que no ha podido ser inscrito, bien como padre, bien como madre y pudiera iniciar un procedimiento judicial de adopción del nacido, apoyándose, sobre este particular, en rica jurisprudencia.

El VIII capítulo plasma el reto de indagar en una “Aproximación crítica al interés superior del niño”. Para ello, la doctora Torrecuadrada García-Lozano parte de un estudio legislativo, jurisprudencial y un estudio de caso con la finalidad de asentar los pilares básicos para la determinación del interés superior del niño.

La autora estima como principales adalides a las que se enfrenta la configuración del interés superior del niño, su difícil identificación y el relativismo derivado de la singularidad de la evaluación, que ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla cada niño, grupo de ellos o la categoría de niños en general; lo que puede conducirnos a aplicar soluciones distintas

en función de las circunstancias particulares del sujeto afectado y la relevancia del derecho a ser escuchado.

La autora establece como límites del interés superior del menor el orden público, el interés superior del colectivo “niños”, la Convención ilustrada con el ejemplo de la kafala —que establece el citado texto en su artículo 20.3 como una de las modalidades en las que se puede confiar el cuidado de los niños privados del entorno familiar— y la razonabilidad entendida como la debida ponderación de los intereses en juego.

Como conclusión a este minucioso estudio, considera que el interés superior del niño no nos aporta soluciones generales, lo que puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Estima la profesora TorreCuadrada que hay que limitar este principio y que, aunque deba prevalecer sobre otros intereses, no se puede fomentar ni tolerar los abusos de derecho para continuar construyendo una sociedad equitativa y justa.

En suma, este libro, dirigido por la doctora Nuria González Martín, alumbró una nueva obra llamada a ser un referente transversal en el estudio de filiación, la gestación por sustitución, la adopción, la responsabilidad parental y el interés superior del menor. La compilación investigadora que tenemos entre manos ha sido confeccionada por insignes y reputadas académicas pertenecientes a disciplinas jurídicas diversas y, en este sentido, merece todas las loas dado que no es fácil encontrar una reflexión interdisciplinaria en estos tiempos dominados por la “transferencia del conocimiento”. Ello motiva a su lectura, pues su interés práctico es innegable. Escrita con una prosa clara, se trata de un estudio que merece atención por académicos y profesionales, pero, muy en particular por el legislador internacional.

María Nieves Alonso García*

David Carrizo Aguado**

* Universidad Isabel I, España, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1091-6819>, marianieves.alonso@ui1.es.

** Universidad de León, España, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9427-287X>, dcara@unileon.es.

LOZANO, Alberto y RODRÍGUEZ, Abelardo (coords.), *Seguridad y asuntos internacionales. Teorías-dimensiones-interdisciplinas-Las Américas-amenazas-regiones-política mundial*, México, AMEI-Siglo XXI Editores, 2020, 1117 pp.

Seguridad y asuntos internacionales es el título concreto de esta magnífica obra colectiva publicada a fines de 2020 y puesta en circulación a principios de 2021, bajo el sello editorial de Siglo XXI Editores y la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI). No plantea una hipótesis central precisa y ordenadora de todo el conjunto, sino una serie de premisas que en principio se antojan sueltas y relativamente deshilvanadas, pero que tienen su sentido vertebrador desde la perspectiva sistémica e interdisciplinaria propia de la ciencia de relaciones internacionales. Se parte del supuesto que la inseguridad es ubicua por efectos de la globalización, la interdependencia y los medios de comunicación, amén de condiciones adversas que prevalecen en todo el mundo y tocan comunidades, familias, minorías, pueblos originarios, migrantes, obreros, campesinos, lo mismo que recursos naturales, gobiernos, Estados, empresas, alimentos, o como la sociedad internacional ya lo ha experimentado, la salud a nivel global; tal ubicuidad de la inseguridad complejiza todo al atravesar aspectos económicos, financieros, políticos, sociales, culturales, jurídicos y geopolíticos. Ante esta situación, es claro que alcanzar seguridad es el objetivo inmediato más importante de individuos y gobiernos a nivel planetario.

Además, no se pasa por alto un contexto que plantea un cambio y continuidad en las reglas de la política mundial y las imbricaciones de todos los niveles de análisis que es importante señalar y que permean de una u otra manera las secciones y capítulos de la obra *en comento*. Más adelante, se recupera la añeja discusión en torno a la naturaleza del cambio y continuidad en el centro gravitacional del poder, afirmando que, desde una perspectiva histórica y geopolítica, éste oscilo entre el año 27 de nuestra era y el fin de la Segunda Guerra Mundial en Europa, a partir de cuyo momento uno de los centros de gravedad de la política mundial se movió a Estados Unidos y su zona de influencia se trasladó al hemisferio occidental. De esta suerte, el continente pasó a formar parte de la política mundial que

se libró desde el siglo XVI hasta la actualidad; y esa transición es vista con una mirada geoestratégica desde México y el conjunto de las Américas. En este punto, con base en la disputa en marcha entre Estados Unidos y China, surge la interrogante de si lo tocará a nuestra generación atestiguar —si hay condiciones— un cambio del epicentro del poder a Asia, con China a la cabeza y, si este fuera el caso, en qué condiciones sería.

Para enfrentar la gran tarea de comprender la seguridad en una visión holística —aunque no necesariamente integral— el libro incluye 80 capítulos que, desde sus aportaciones: *A)* exponen diferentes teorías y enfoques para comprender y alcanzar la seguridad, *B)* analizan varias de sus dimensiones, *C)* abordan de manera interdisciplinaria el tema, *D)* observan al continente americano en diferentes casos y temas, *E)* estudian diferentes amenazas y riesgos que actualmente existen en el mundo, *F)* exploran instituciones que se encargan de buscar la seguridad o de proveerla con intereses diversos, *G)* examinan la seguridad por regiones del mundo, y *H)* ofrecen una actualización de las tensiones de la seguridad internacional entre las potencias que configuran la política mundial contemporánea.

En general, la obra ofrece una visión comprensiva de la seguridad, los asuntos internacionales y locales, las relaciones interamericanas y la política mundial. Su contribución reside en la enorme amplitud de miras que ofrece al incorporar múltiples aspectos de la seguridad en un solo volumen. Se subdivide en ocho secciones bastante interconectadas y los capítulos fueron concebidos por los coordinadores como una suerte de modelo para armar, de manera intercambiable, dependiendo de los intereses del lector y de los contenidos del libro mismo. La primera sección, “Teorías de las relaciones internacionales y seguridad”, presenta los enfoques teóricos de esta disciplina y la manera en que opera la seguridad dentro de sus aparatos cognitivos. Realismo, interdependencia, constructivismo y feminismo son teorías que ya han logrado prestigio en la interpretación de los fenómenos mundiales abarcando distintos aspectos de la seguridad.

La segunda sección, “Dimensiones de la seguridad”, muestra la riqueza y diversidad que tiene la seguridad como objeto de estudio. Se inicia con la dimensión pandémica de la seguridad para posteriormente abordar los cruces de la seguridad con derechos humanos, género, migraciones, movimientos sociales y derecho internacional —materia fundamental sobre la que hay una casi completa ausencia en todo el texto, lo que constituye uno de sus puntos de mayor debilidad—, teniendo todas éstas un referen-

te común en los derechos humanos. Luego se presentan las dimensiones étnica, nacionalista, medioambiental, energética, económica, financiera y cibernética, que a pesar de ser contrastantes se relacionan entre sí de manera secuencial.

La tercera sección, “Interdisciplinas y seguridad”, hace referencia a una interesante intersección entre disciplinas, subdisciplinas y campos de conocimiento que es poco viable atender exclusivamente desde las relaciones internacionales o los estudios de seguridad, esto es, se acude a los enfoques tradicionales y críticos desde la ciencia política, las relaciones civiles-militares, la seguridad nacional y pública, la política exterior, la diplomacia cultural, la paradiplomacia, la geopolítica, la gran estrategia, la geopolítica crítica y el replanteamiento estratégico de las inteligencias (vitales, emocionales, humanas, civiles e internacionales).

La sección cuarta, “Las Américas y la seguridad”, involucra una constelación plural de análisis que se aproxima a la región hemisférica americana desde tres vertientes: la visión estatal, regional y temática. Destaca la incidencia directa e indirecta de los Estados Unidos, en tanto hegemón del sistema internacional, en las dinámicas del continente y las tensiones de la política mundial principalmente frente a Rusia y China, pero no de manera exclusiva. No puede faltar el análisis de la confrontación entre Estados Unidos y la URSS, el sistema interamericano, el retroceso de la democracia, la militarización, el despojo de los indígenas y el extractivismo. La sección concluye con un debate inédito e inacabado sobre el papel de América Latina en la carrera espacial.

La siguiente sección, “Riesgos y amenazas a la seguridad internacional”, revisa distintos riesgos y amenazas a la seguridad internacional, destacando en primer término como marco conceptual el fenómeno de la pandemia del Covid-19 y los dilemas que plantea a la cooperación internacional, continuando con el análisis del cambio climático y la emergencia ambiental global, así como los desastres (de origen geofísico) y el calentamiento de la Tierra en tanto riesgos a la seguridad humana. Se prosigue con el terrorismo en el siglo XXI y sus vínculos con la extrema derecha, el crimen organizado y las redes sociales, para abordar, en la misma línea, aspectos nodales de la biopolítica y gubernamentalización del miedo en la llamada “guerra contra el terror”.

La sexta sección, “Instituciones y seguridad”, inicia con la confrontación de la segunda posguerra entre los Estados Unidos y la URSS, y la manera

en que en ella se inserta el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con la inclusión del Reino Unido, Francia y China como miembros permanentes. En ese marco, se indaga la creación y funcionamiento de la OTAN para conformar la defensa colectiva de Europa, con 30 Estados miembros que integran la Alianza Atlántica (con Estados Unidos y Canadá) frente a la URSS y que continúa operando hasta nuestros días, 30 años después del fin de la Guerra Fría, enfrentando al terrorismo y a la dualidad Rusia-China.

En la séptima sección, “Regiones y seguridad”, se examinan algunas regiones en el sistema internacional, apuntando que la vigencia teórica y empírica es que gran parte de las relaciones internacionales durante la Guerra Fría se enmarcaron en la bipolaridad y el eje de la política de seguridad se acotó al Estado y que, con el fin de esta etapa, el grueso de las relaciones transitaron en la cercanía geográfica, la interdependencia, las construcciones sociales de amistad-enemistad, la región y el mundo. Todas las investigaciones tienen en común que se plantean desde una visión del sur global, la relevancia del Medio Oriente y Siria, la interconexión con África, el descenso de Europa y el ascenso de Asia. En este orden de ideas se entretujan intereses de actores como Estados Unidos, Rusia, Reino Unido o Francia en la concepción de fronteras en Medio Oriente, África o el subcontinente indio. En la octava sección, “La política mundial y la seguridad internacional”, se adopta un enfoque estatal donde los liderazgos particulares recobran un peso adicional, aunque se explora el poder de estas naciones y su incidencia en la política internacional. También destaca el rol de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU y actores emergentes, precipitadores o disruptores de equilibrios mundiales como India, Japón y las dos Coreas. Sobresalen el poderío nuclear y militar, económico y geoestratégico de Estados Unidos y China, destacando el hecho de que a pesar de que Japón y Corea del Sur no cuentan con capacidad nuclear, su papel dinámico como motores económicos y tecnológicos, pero sobre todo como nudos geoestratégicos en la región asiática —la más militarizada y nuclearizada del planeta— los convierten en jugadores esenciales de las tensiones mundiales.

Para concluir, ante la injustificada ausencia en el libro de temas relacionados con la importancia del derecho internacional en el desarrollo y explicación de los asuntos de seguridad y de relaciones internacionales, y dado que esta reseña se publica en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, conviene destacar la aportación que a este respecto hace el capítulo

que lleva por título: “La seguridad en derecho internacional y las relaciones internacionales: del fin de la Guerra Fría a la actualidad”, elaborado por quien esto escribe. Aquí se concluye en cuatro sentidos: *primero*, la evolución de la seguridad en el derecho internacional y las relaciones internacionales constituye un proceso gradual, que se ha desarrollado conforme a ciertas coyunturas históricas muy particulares, en donde se ha desafiado la concepción previa existente respecto a las nociones clásicas sobre el Estado, sus atributos y los factores que amenazan su existencia.

Segundo, la incorporación de la seguridad al derecho internacional en virtud de la Carta de San Francisco partió desde una visión eminentemente estatocéntrica, en la que la amenaza a la seguridad de los Estados, y por tanto a la seguridad internacional, se expresaba en términos de movilización del poder militar estatal. *Tercero*, las fuentes de la seguridad en el derecho internacional y las relaciones internacionales provienen de la costumbre creada a partir de la paz de Westfalia, donde se identificó a la soberanía del Estado como la base esencial de su existencia, de la Carta de Naciones Unidas donde se delimitaron los conceptos de seguridad internacional, seguridad colectiva, autodefensa, así como las amenazas y quebrantos a la paz, y los actos de agresión militar, y de las resoluciones de la posguerra fría donde el Consejo de Seguridad incorporó mediante su facultad de identificar amenazas a la paz y seguridad internacionales, un conjunto de nuevos elementos de amenaza en el sistema internacional que se amplían y extienden hasta el tiempo presente.

Y, *cuarto*, el cambio cualitativo estriba en que la visión que priorizaba la pervivencia del Estado pasa a una que lo ubica como un mecanismo de protección para el individuo, pero siempre en el contexto del papel central del Estado, por lo que la seguridad continuará operando seguramente en función de sus capacidades para defenderse y generar un entorno propicio para sus ciudadanos, en el contexto de las variadas amenazas que seguirán actuando en el sistema internacional en el siglo XXI.

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás*

* Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, Universidad Nacional Autónoma de México, México ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-8658-5884>, karlovel52@gmail.com.

In memoriam

IN MEMORIAM, profesor doctor Miguel González-Marcos

Es un hecho que debemos recordar a quienes nos han precedido en la partida de este mundo. Esto ha sido siempre así y en la mayoría de las culturas se plantea necesariamente como un hecho. Hoy, en un mundo con Covid-19, dicho recuerdo no puede ser sino por la vía de las comunicaciones. Es el caso del doctor Miguel González Marcos (1960-2020) cuya muerte no sólo nos sorprendió por su edad sino por lo repentino donde recién hubo conocimiento avanzado el 2020. El profesor Miguel González-Marcos fue invitado a la Universidad Nacional Autónoma de México en 2008, a ser parte de un proyecto de investigación sobre “Juridificación en las relaciones internacionales”, título de un libro posterior que dio cuenta de la investigación y se le incorporó al Consejo Dictaminador del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Siempre su conocimiento fue interesante, no sólo en derecho internacional público sino en derecho ambiental y en políticas públicas, particularmente, ambientales. Coincidimos luego, gracias a la siempre amable invitación del profesor doctor Manuel Becerra R., en proyectos de investigación internacionales.

Miguel González Marcos era panameño de origen y estadounidense por adopción. Había estudiado, mientras trabajaba en una banda de música, derecho en la Universidad de Panamá, sus estudios de pregrado y, al obtener su licenciatura en derecho en la Universidad de Panamá, procedió a efectuar su doctorado en Frankfurt en la Universidad Johann Wolfgang Goethe, Alemania, en 1991. Estudió allí gracias a una beca del Sistema Alemán de Intercambio. Luego obtuvo en 2003 su maestría en la Universidad de Nueva York y, finalmente, una licenciatura en derecho pero en la Universidad del Estado de Nueva York ubicada en la ciudad de Buffalo. Allí fue miembro de la *Revista de Derecho* de dicha Universidad. Según él me contó, todas estas actividades las efectuó con becas de Alemania y de la Universidad señalada.¹ Luego fue acogido por la Universidad de Maryland,

¹ Shirley y Asociados, Miguel Gonzalez, Panamá, 2021. Disponible en: http://www.shirley-law.com/es/abogado_miguel_gonzalez.php.

también en los Estados Unidos, a fin de desarrollar su actividad docente e investigativa, en el Departamento de Políticas Públicas. En dicha Universidad, hubo un especial recuerdo del doctor González Marcos luego de su repentina muerte. Fue calificado como un jurista internacional apasionado, un activista incesante por los ciudadanos de Panamá y quien tenía una gran moral compasiva. Hubo testimonio de su gran apoyo a los estudiantes con la debida corrección a su trabajo académico a fin de alcanzar la excelencia.² Lamentablemente, deja a su mujer, profesora de la Universidad de Minnesota.

Actividad académica

Tenía especial predilección por la docencia y la investigación. Fue un miembro del Edmond J. Safra Center of Ethics de la Universidad de Harvard entre 2014 y 2015.³ En la Universidad de Maryland, ejerció su vocación docente y trabajo académico. Pensamos en establecer un trabajo conjunto con la UNAM y la Universidad Mayor, lamentablemente no se pudo. También ejerció la docencia en su natal Panamá.

Respecto de su actividad académica investigativa y de publicaciones, no debemos olvidar su contribución a textos de investigación de la UNAM en el proyecto “Soberanía y juridificación de las relaciones internacionales” (éramos los dos los únicos no mexicanos, lo que fue un honor). En el texto que constituyó el informe final, publicado en la forma de libro por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México aportó un texto titulado “*The transparency of sovereignty in International Law*”.⁴ Este libro fue producto de dos seminarios, uno en la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán (frente a los estudiantes) y otro

² Roberts, Angela, Pérez-Uribe, Luciana, “UMD’s Miguel Gonzalez-Marcos Remembered as a True Scholar and Great Human Being”, Diamondback, february 19, 2020, <https://dbknews.com/2020/02/19/umd-miguel-gonzalez-marcos-public-policy-professor-obituary-memorial/>.

³ Edmond J Safra Center for Ethics, Miguel González-Marcos, Boston, University of Harvard, 2021, <https://ethics.harvard.edu/people/miguel-gonzalez-marcos>.

⁴ González Marcos, Miguel, “The Transparency of Sovereignty in International Law”, en Becerra Ramírez, Manuel, Müller Ühlenbroeck, Klaus Theodor (cords.), *Soberanía y Juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 107-138.

en el Instituto de Investigaciones Jurídicas ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México, frente a jueces de diversas competencias, y de la Suprema Corte mexicana, entre otros. Asimismo, es posible mencionar su trabajo sobre el futuro del derecho internacional en un mundo globalizado. En esta línea de trabajo desarrollada por el doctor González Marcos la democracia, de carácter internacional, en las Naciones Unidas tuvo especial importancia, así como la democracia y el derecho comparado.⁵ Mención especial merece su estudio sobre el jurista panameño Arosemena (1817-1896). En el tomo I del estudio de los gobiernos de América Latina del jurista panameño Arosemena (presentado por los doctores Rodríguez Arauz y Stolleis), el doctor González-Marcos efectúa un estudio de las ideas del jurista donde la unidad de los países latinoamericanos se produciría por una armonización constitucional entregando a las personas derechos similares a fin de que gocen en cada país de dichos derechos generando unidad entre las personas, multinacional, con libre circulación de las personas, asegurando derechos fundamentales, armonizar derechos.⁶ Inclusive, en el plano de las anécdotas académicas, puedo mencionar su esmero en auxiliar a un chileno, colega de la Universidad de Chile, para lograr alcanzar su objetivo de estudiar su LLM en la misma Universidad donde lo había hecho él. Consejos para enfrentar el programa fueron sus aportes.

Con relación a sus membrecías académicas, perteneció al Consejo Editorial evaluador del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, era miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional. Trabajó en Faegre and Benson y Wolters Kluwer Financial Services en Minneapolis, Estados Unidos y la referida Shirley y Asociados, en Panamá.

Un gran internacionalista e investigador propugnador de la democracia y la protección de los derechos de las personas, los derechos humanos, una

⁵ González Marcos, Miguel, Castillero-Hoyos, Alfredo, “At the Heart of a Planetary Democracy: The Democracy Caucus in the United Nations”, en Boll Stiftung, Heinrich (coord.), *Die Zukunft des Völkerrechts in einer globalisierten Welt (The Future of International Law in a Globalized World)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, (2006), pp. 144-164, también publicada bajo el mismo título en la *Revista Panameña de Política*, Num. 2, julio-diciembre de 2006, pp. 107-127, González-Marcos, Miguel, “Comparative Law at the Service of Democracy: A Reading of Arosemena’s Constitutional Studies of the Latin American Governments”, 21, *Boston University International Law Journal* 259 (2003).

⁶ González Marcos, Miguel, “Estudios constitucionales para una patria común”, en Arosemena, Justo, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, Panamá, Asamblea Nacional de Panamá, 1996, T. I, pp. 9-58.

gran persona, Miguel González-Marcos será recordado no sólo como amigo sino por sus contribuciones a la ciencia jurídica internacional con una visión a la vez amplia en conocimiento y muy específica en investigación.

Sergio **Peña-Neira***

RESEÑAS

* Universidad Mayor, Chile