

ISSN (versión impresa): 1870-4654
ISSN (versión electrónica): 2448-7872

Anuario Mexicano de Derecho Internacional



México, volumen XXIV, 2024
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, núm. XXIV (enero-diciembre de 2024) 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 actiij@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.

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Apoyo editorial: Luz María Peña Moral

Asistente de la Revista: José Emiliano Márquez García

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Director

Manuel Becerra Ramírez

Coordinación editorial

Ricardo Hernández Montes de Oca

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: 27 de febrero de 2024

DR © 2024. 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

The Applicability of Apartheid to Situations of Occupation: At the Crossroads Between International Humanitarian law, International Criminal Law, and International Human Rights Law . . .	3
Marco Longobardo	
Refugees, Climate Litigation in the Global South and Climate Change: Facing the Gap in the Protection of Climate Refugees in International Law	37
Estela Cristina Vieira de Siqueira	
Assumptions for a Decolonial International Law: A manifesto . . .	63
Tatiana Cardoso Squeff	
Gabriel Pedro Damasceno	
El derecho de acceso a la jurisdicción civil y reparación no punitiva de las víctimas de graves violaciones al DIDH y al DIH en la relación Estado-Estado. La versión 2022 del caso Alemania c. Italia ante la CIJ	97
Annabella Sandri Fuentes	
El control de convencionalidad y la cultura jurídica interamericana: hacia la construcción de un sentido colectivo	149
Santiago Martínez Neira	

COMENTARIOS

- El Acuerdo Ambiental Regional de Escazú: una comparación con la Convención de Aarhus 173
Gerhard Niedrist
Aida Figueroa Bello
- Errores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en derecho de los tratados 205
Víctor Manuel Rojas Amandi
- Derecho a la educación e igualdad: reflexiones a partir del caso Pavez Pavez vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 233
Liliana Ronconi
- La historia sin fin del proceso de reingeniería de la Comunidad Andina: análisis de algunas propuestas de reforma 257
María Ángela Sasaki Otani
Jorge Manrique de Lara Seminario

PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA

- Las normas de derechos humanos de fuente internacional: ¿una amenaza para el Estado mexicano?. 287
Julieta Morales Sánchez
Gerardo Antonio Preciado Ascención
- México ratifica Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores 299
Alfonso Mendoza Juárez

RESEÑAS

- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *Los medios jurisdiccionales de solución de controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2022, 356 pp. 305
 Luis Lorenzo **Córdova Arellano**
- PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (coord.), *Valores (y temores) del Estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 347 pp. 313
 Emiliano J. **Buis**
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Educación jurídica en Occidente: una historia cultural*, Valencia, Tirant Humanidades, 2022, 153 pp. 319
 Nuria **González Martín**
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María (ed.), *La contribución de la corte internacional de justicia al imperio del derecho internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas*, España, Aranzadi, 2023, 284 pp. 325
 Manuel **Becerra Ramírez**
- VILLEGAS DELGADO, César, *Crímenes de lesa humanidad en el siglo XXI: avances y retrocesos de la justicia penal internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2022, 317 pp. 331
 Juan Carlos **Velázquez Elizarrarás**
- CARTES RODRÍGUEZ, Juan Bautista, *El sistema judicial africano de protección de los derechos humanos. Un análisis de las demandas individuales*, Navarra, Aranzadi, 2023, 552 pp. 337
 Jorge **Rodríguez Rodríguez**

IN MEMORIAM

In memoriam. Thomas Buergenthal. 343

Luis **Benavides**

In memoriam. Modesto Seara Vázquez. 347

Juan Carlos **Velázquez Elizarrarás**

Doctrina

*The Applicability of Apartheid to Situations
of Occupation: At the Crossroads Between International
Humanitarian Law, International Criminal Law,
and International Human Rights Law*

La aplicabilidad del Apartheid a las situaciones
de ocupación: en las encrucijadas
entre el derecho internacional humanitario,
el derecho penal internacional y el derecho
internacional de los derechos humanos

L'applicabilité de l'apartheid aux situations
d'occupation: a las croisées du droit international
humanitaire, du droit penal international et du
droit international des droits de l'homme

Marco Longobardo

 <https://orcid.org/0000-0002-6212-6093>

University of Westminster. London, UK

E-mail: m.longobardo1@westminster.ac.uk

Recepción: 30 de noviembre de 2022

Aceptación: 15 de mayo de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17556>

Abstract: The article deals with the applicability of apartheid in occupied territory. Rather than assessing whether in specific situation of an occupation an occupying power has established an apartheid regime, the article discusses whether there is anything in the law of occupation or in the international regulation of apartheid that makes them mutually exclusive. On the basis of international human rights law, international criminal law, and international humanitarian law considerations, it is argued that apartheid can be applied to occupied territory following the ordinary rules for the application of international human rights law and international criminal law in occupied territory. Accordingly, international law does not bar the application of apartheid in

occupied territory, but rather, the law of occupation and apartheid coincide to strengthen the protection of civilians in occupied territories.

Keywords: apartheid, international crimes, occupation, occupied territory, principle of self-determination of peoples, racial discrimination.

Resumen: El artículo trata de la aplicabilidad del apartheid en territorios ocupados. En vez de evaluar si en una situación específica de ocupación una potencia ocupante ha establecido un régimen de apartheid, el artículo discute si hay algo en la ley de ocupación o en la regulación internacional del apartheid que los haga mutuamente excluyentes. Sobre la base de las consideraciones del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario, se argumenta que el apartheid se puede aplicar al territorio ocupado siguiendo las reglas ordinarias para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional en el territorio ocupado. En consecuencia, el derecho internacional no prohíbe la aplicación del apartheid en los territorios ocupados, sino que el derecho de la ocupación y el apartheid concurren para fortalecer la protección de los civiles en los territorios ocupados.

Palabras clave: apartheid, crímenes internacionales, ocupación, territorio ocupado, principio de libre determinación de los pueblos, discriminación racial

Résumé: L'article traite de l'applicabilité de l'apartheid en territoire occupé. Plutôt que d'évaluer si, dans une situation spécifique d'occupation, une puissance occupante a établi un régime d'apartheid, l'article examine si le droit de l'occupation ou la réglementation internationale de l'apartheid les rend mutuellement exclusifs. Sur la base du droit international des droits de l'homme, du droit pénal international et des considérations de droit international humanitaire, il est soutenu que l'apartheid peut être appliqué au territoire occupé en suivant les règles ordinaires d'application du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international en territoire occupé. En conséquence, le droit international n'interdit pas l'application de l'apartheid dans les territoires occupés, mais plutôt le droit de l'occupation et l'apartheid concourent à renforcer la protection des civils dans les territoires occupés.

Mots-clés: apartheid, crimes internationaux, occupation, territoire occupé, Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, discrimination raciale.

Summary: I. Introduction. II. A Summary Overview of the Law of Occupation as the Main Legal Framework Governing Occupied Territory. III. The Law of Occupation as an Open Legal Framework. IV. Common Misconceptions about Apartheid. V. The Applicability of Apartheid to Occupied Territory as a Violation of International Human Rights Law and as an International Crime. VI. Avoiding Normative Conflicts between the Law of Occupation and Apartheid. VII. Conclusions. VIII. Bibliography.

I. Introduction

This article explores whether it is possible to apply the legal notion of apartheid in a situation of occupation. Notwithstanding the wealth of studies on both apartheid and occupation, whether occupation under international humanitarian law and apartheid are two mutually exclusive legal notions or whether they can apply simultaneously is a question rarely addressed by international legal scholarship.¹ Nevertheless, this is an important question in light of the significant debate that occurs today over whether the populations of certain occupied territories are under apartheid. For instance, an increasing number of NGOs have considered that in the Occupied Palestinian Territory, which has been under Israeli occupation since 1967, the Palestinian population is subject to apartheid.² These allegations have received widespread attention by scholars,³ bringing to the fore an academic debate

¹ But see the detailed analysis provided by Jackson, Miles, “Expert Opinion on the Interplay between the Legal Regime Applicable to Belligerent Occupation and the Prohibition of Apartheid under International Law, Diakonia: International Humanitarian Law Centre”, 23 March 2021, <https://www.diakonia.se/ihl/news/expert-opinion-occupation-palestine-apartheid/>. See also Longobardo, Marco, “Preliminary but Necessary: The Question of the Applicability of the Notion of Apartheid to Occupied Territory”, *Just Security*, 2 December 2021, <https://www.justsecurity.org/79381/preliminary-but-necessary-the-question-of-the-applicability-of-the-notion-of-apartheid-to-occupied-territory/> (which anticipates, in an embryonic form, some of the points discussed here in detail).

² See, e.g., Human Rights Watch, “A Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution”, 27 April 2021, <https://www.hrw.org/report/2021/04/27/threshold-crossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution>; B’Tselem, “A Regime of Jewish Supremacy from the Jordan River to the Mediterranean Sea: This Is Apartheid”, 12 January 2021, https://www.btselem.org/publications/fulltext/202101_this_is_apartheid; Amnesty International, “Israel’s Apartheid Against Palestinians: A Look into Decades of Oppression and Domination”, 1 February 2022, <https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/>

³ See, e.g., the posts collected in Milanović, Marko, *Apartheid in Israel/Palestine?*, *EJIL:Talk!*, 5 July 2021, <https://www.ejiltalk.org/symposium-introduction-apartheid-in-israel-palestine/>; Sahd, Fabio Bacila, “Ocupação ou apartheid? Uma ressignificação interpretativa necessária para o caso palestino/israelense”, *Outros Tempos*, São Luís, vol. 19, 2022, pp. 92122; Reynolds, John, “Apartheid and International Law in Palestine”, in Kiswanson, Nada & Power, Susan (eds.), *Prolonged Occupation and International Law*, Leiden, Brill, 2023, p. 104; Erakat, Noura *et al.*, “Race, Palestine, and International Law”, *AJIL Unbound*, vol. 117, 2023, p. 77, <https://doi.org/10.1017/aju.2023.9>

that is at least a decade old.⁴ Conclusions that the Occupied Palestinian Territory is under apartheid are today shared by mandate holders appointed by the Human Rights Council of the United Nations (UN) to deal with human rights violations in Palestine and elsewhere.⁵ Yet, usually this highly contentious topic is addressed without paying any attention to whether, in principle, apartheid and occupation are compatible legal notions, or whether they are mutually exclusive. This article fills this gap in international scholarship by providing the first thorough analysis of this topic.

Some words of caution are here needed. This article does not mean to analyse the applicability of the notion of apartheid as if this may be, under any circumstance, a lawful phenomenon in international law. This impression might be generated by the fact that apartheid is juxtaposed to occupation, which may be a lawful situation under international humanitarian law.⁶ However, the analysis of the applicability of the notion of apartheid —criminal as it is— in occupied territory is needed because, as explained below, some authors claim that the reality of occupation makes it impossible to apply the notion of apartheid to the measures adopted by an occupying power under the

⁴ See, e.g., Tilley, Virginia, *Beyond Occupation: Apartheid, Colonialism and International Law in the Occupied Palestinian Territories*, London, Pluto Press, 2012; Dugard, John & Reynolds, John, “Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 24, num. 3, 2013, pp. 867-913, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht045>; Zilbershats, Yaffa, “Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory: A Reply to John Dugard and John Reynolds”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 24, num. 3, 2013, pp. 915-928, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht043>; Lingaas, Carola, “The Crime against Humanity of Apartheid in a Post-Apartheid World”, *Oslo Law Review*, Oslo, vol. 2, num. 2, 2015, pp. 86-115, <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2566>

⁵ See, e.g., Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967, John Dugard, 29 January 2007, A/HRC/4/17, paras. 49-50; Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Richard Falk, 13 January 2014, A/HRC/25/67, paras. 51-77; Report of the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk, 21 March 2022, A/HRC/49/87; Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on ecological crisis climate justice and racial justice, Ms. Ashwini K.P., 25 October 2022, A/77/2990, para. 29. See, also, Falk, Richard and Tilley, Virginia, “Israeli Practices towards the Palestinian People and the Question of Apartheid”, Report for the Economic and Social Commission for Western Asia, E/ESCWA/ECRI/2017/1, Spring 2017.

⁶ Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 1-2.

law of occupation.⁷ Accordingly, it is necessary to explore whether the notion of apartheid—which is always illegal—may apply in situations of occupations—which may be legal or illegal under international humanitarian law and under other rules of international law depending on the circumstances of each specific occupation.⁸ To avoid confusion, the article refers to ‘apartheid’, ‘ban on apartheid’, ‘notion of apartheid’, or ‘institution of apartheid’ to describe the legal prohibition of apartheid under international law.

The analysis proceeds as follows: Section 2 defines the law of occupation as the main legal framework governing the activities of occupying powers over the occupied territory. Section 3 clarifies that the law of occupation does not exhaust the legal framework that is applicable to occupied territory, but rather, the law of occupation welcomes the application of other rules of international law. Section 4 discusses some common misconceptions about the applicability of apartheid in occupied territory. Since apartheid is both a human rights violation and an international crime, Section 5 argues that its applicability in an occupied territory is determined by the rules on the applications of international human rights law and international criminal law in situations of occupations. In light of the generic consensus on the possibility of applying these bodies of international law in occupied territory, the article concludes that apartheid and occupations are not mutually exclusive, but rather, that the crime of apartheid can occur in occupied territory. The solution of normative conflicts between the ban on apartheid and the law of occupation is examined in Section 6. The conclusion (Section 7) emphasises that the application of the ban on apartheid in occupied territory is the result of shifting the narrative

⁷ See *infra*, section 4.

⁸ Actually, there is a growing debate on the illegality of occupations. See, e.g., the request for an ICJ advisory opinion on the *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem* presented by the UN General Assembly, Res 77/247, 30 December 2022, A/77/400. For the scholarly debate, see Ben-Naftali, Orna, Gross, Aeyal M., and Michaeli, Keren J., “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”, *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, vol. 23, num. 3, 2005, pp. 551-614, p. 551, <https://doi.org/10.15779/Z38H948>; Ronen, Yaël, “Illegal Occupation and Its Consequences”, *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 41, num. 1-2, 2008, pp. 201-245, p. 201, <https://doi.org/10.1017/S0021223700000224>; Wilde, Ralph, “Using the Master’s Tools to Dismantle the Master’s House: International Law and Palestinian Liberation”, *The Palestine Yearbook of International Law*, Ramallah, vol. 22, num. 1, 2021, pp. 1-74, p. 41, https://doi.org/10.1163/22116141_022010_002. Hindi, Ata R., “Unlawful Occupations? Assessing the Legality of Occupations, including for Serious Breaches of Peremptory Norms”, *TWAIL Review*, vol. 4, 2023, pp. 1-34.

of apartheid from a territorially determined notion to a violation pertaining to the human rights of certain individuals, whose rights are unaffected by the status of the territory where said individuals are located.

II. A Summary Overview of the Law of Occupation as the Main Legal Framework Governing Occupied Territory

International humanitarian law (also known as the law of armed conflict or *ius in bello*) governs the main duties and faculties of occupying powers over occupied territory. Article 42 of the 1907 Hague Regulations (HR) provides that '[t]erritory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.'⁹ Other provisions of the 1907 Hague Regulations deal with the administration of occupied territories.¹⁰ Moreover, other relevant rules are provided by the 1949 Fourth Geneva Convention (GCIV),¹¹ and by the 1977 First Additional Protocol (API).¹² Taken together, all of these rules form what it is usually referred to as 'the law of occupation', that is the ensemble of international humanitarian law rules designed to govern occupied territory.¹³

⁹ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 205 C.T.S. p. 277.

¹⁰ *Ibidem*, Articles 42-56.

¹¹ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention) (12 August 1949) 75 U.N.T.S. p. 287.

¹² Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (8 June 1977) 1125 U.N.T.S. p. 3.

¹³ See, generally, Capotorti, Francesco, *L'occupazione nel diritto di guerra*, Naples, Jovene, 1949; Migliazza, Alessandro, *L'occupazione bellica*, Milan, Giuffrè 1949; von Glahn, Gerhard, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; Annoni, Alessandra, *L'occupazione 'ostile' nel diritto internazionale contemporaneo*, Turin, Giappichelli 2012; Ferraro, Tristan (ed.), *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2012; Kolb, Robert and Vité, Sylvain, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Brussels, Bruylant, 2009; Benvenisti, Eyal, *The International*

In very broad brushstrokes, the key point of the law of occupation is that the occupying power is vested with governmental duties and faculties even if it does not enjoy sovereignty over the occupied territory. The main governing provision in this sense is embodied in Article 43 of the 1907 Hague Regulations, according to which '[t]he authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and [civil life], while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.'¹⁴ This provision is so central to the law of occupation that it has been defined as a quasi-constitutional rule.¹⁵

The law of occupation tries to navigate internal contradictions and ontological conflicts. On the one hand, the occupying power is prevented from acquiring sovereignty over the occupied territory,¹⁶ and the local population does not owe any duty of obedience to the occupying power.¹⁷ On the other hand, though, the occupying power must administer the occupied territory,

Law of Occupation, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2012; Cuyckens, Hanne, *Revisiting the Law of Occupation*, Leiden, Brill, 2017; Gross, Aeyal M., *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; Longobardo, Marco, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Dinstein, Yoram, *The International Law...*, cit.; Lieblich, Eliav and Benvenisti, Eyal, *Occupation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

¹⁴ The reference to 'civil life' is employed here because it is the only correct one considering that the sole authoritative text is the French version. See Schwenk, Edmund H. "Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations" *Yale Law Journal*, New Heaven, vol. 54, 1945, p. 393, note 1.

¹⁵ Benvenisti, Eyal, *The International Law...*, cit., p. 69.

¹⁶ See, generally, Korman, Sharon, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

¹⁷ See Holland, *Council for the Restoration of Legal Rights, D'Escury v. Levensverzekerings- Maatschappij Utrecht Ltd* (30 April 1940), *International Law Reports*, Cambridge, vol. 15, p. 572; United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, section 11.15.1. See, also, Oppenheim, Lassa, "The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants", *Law Quarterly Review*, London, vol. 37, 1907, p. 368; Baxter, Richard R., "The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant", *British Year Book of International Law*, Oxford, vol. 27, 1950, pp. 235-266; Lauterpacht, Hersch *Oppenheim's International Law. A Treatise, vol. II: Disputes, War and Neutrality*, 7th edn., London, Longmans, 1952, pp. 438-439; Greenwood, Christopher, "The Administration of Occupied Territory in International Law", in Playfair, Emma (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 252; Longobardo, Marco, *The Use...*, cit., pp. 137-141.

providing for the public order and civil life of the local population.¹⁸ Accordingly, an occupation is a situation where two hostile entities are forced to cohabit temporarily,¹⁹ and the law of occupation tries to strike a balance between these conflicting interests: on the one hand, the occupying power must respect certain rights of the local population, for instance regarding individual freedoms and the protection of public and private property;²⁰ on the other hand, the occupying power is granted specific and extensive powers in relation to the maintenance of public order and civil life, including the possibility, under certain conditions, of altering the law in force in the occupied territory and the local administrative apparatus,²¹ and to undertake measures to prevent hostile acts against the occupying forces.²²

Although some authors stress that the administration of the occupied territory should focus on the welfare of the local population,²³ there is no obligation under the law of occupation that requires the occupying power to treat the local population according to the same standards that it would apply to its own population: rather, the legal framework and life conditions of the occupied territory before the occupation are the legal standards governing the obligations upon the occupying powers.²⁴ The ban on annexation and the temporary nature of the occupation maintain a legal distinction between the action of the occupying power towards its own population (which is grounded on the occupying power's own domestic legal system and on the concept of sovereignty) and the action of the occupying power towards the local population of the occupied territory (which is the product of the idea that the

¹⁸ On this, see, generally, Greenwood, Christopher, *op. cit.*; Bothe, Michael, "The Administration of Occupied Territory", in Clapham, Andrew, Gaeta, Paola & Sassòli, Marco (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1468-1484.

¹⁹ On this aspect, see generally Pellet, Alain, "La destruction de Troie n'aura pas lieu", *Palestine Yearbook of International Law*, Ramallah, vol. 4, 1987-1988, pp. 44-84.

²⁰ E.g., those protected by Articles. 44-56 of the HR, by Articles. 49-78 of the GCIV, and by Article 75 of the API.

²¹ See Article 43 of the HR and Article 54 of the GCIV.

²² See Article 43 of the HR and Articles 27(4), 49(2) and 78 of the GCIV.

²³ See Bothe, Michael, *op. cit.*, pp. 1466-1467.

²⁴ Longobardo, Marco, "The Duties of Occupying Powers in Relation to the Prevention and Control of Contagious Diseases through the Interplay between International Humanitarian Law and the Right to Health", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, vol. 54, num. 3, 2022, pp. 757-804, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol55/iss3/4/>

occupying power must alter the daily life and legal framework of the occupied territory as little as possible since it does not have sovereignty over the occupied territory). The principle of self-determination of peoples, which is applicable to situations of occupation,²⁵ reinforces this distinction and, along with the law of occupation, preserves the existence of the occupied territory and the legal framework applicable therein as distinct from that of the occupying force. The main difference between the legislation applicable to the local population and that applicable to the occupying power's own population can be found in the field of the security of the occupying force: the law of occupation allows the occupying power to restrict the rights and freedoms of the local population in order to preserve the security of the occupying army and public order in the occupied territory, and provides for certain procedural and substantive conditions to do so.²⁶

It follows that the law of occupation allows for the application of different legal regimes between those devised for the local population and those provided for the population of the occupying power. Any negative impact of this consideration is tempered, under the law of occupation, by the absolute prohibition on the occupying power transferring its own population in the occupied territory, embodied in Article 49(6) of the Fourth Geneva Convention.²⁷ Accordingly, a different legal regime is applicable only to a very limited portion of the population of the occupying power, namely, the army of occupation and the civilians working for them.

²⁵ See *infra*, section 3.

²⁶ See, e.g., Article 64(2) of the GCIV.

²⁷ On this provision, see generally Salmon, Jean, "Les colonies de peuplement israéliennes en territoire palestinien occupé au regard de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004", in Fischer-Lescano, Andreas et al. (eds.), *Frieden in Freiheit, Peace in liberty, Paix en liberté – Festschrift für Michal Bothe zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 285-308; Tomuschat, Christian, "Prohibition of Settlements", in Clapham, Andrew, Gaeta, Paola & Sassòli, Marco, *op. cit.*, pp. 1551-1574; Meron, Theodor, "The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 111, 2017, pp. 372-374.

III. The Law of Occupation as an Open Legal Framework

The fact that the law of occupation is the main legal framework that governs the activity of the occupying power in occupied territory does not mean that the law of occupation bars the application of other relevant branches of international law. Rather, the legal framework applicable to occupied territory is not exhausted by the law of occupation, but is complemented by several other rules of international law.²⁸

This conclusion is well-established in international case law. For instance, the International Court of Justice (ICJ) stated in the 2004 *Wall* Opinion that while “some rights [pertaining to the administration of the occupied territory] may be exclusively matters of international humanitarian law”, other issues are to be governed by other applicable bodies of law such as international human rights law.²⁹ This principle has been confirmed verbatim in subsequent decisions, such as in the 2005 *DRC v Uganda* case.³⁰ Moreover, in 2022, the ICJ granted DRC millions of USD in reparations for violations of both international humanitarian law and international human rights law in the district of Ituri, formerly occupied by Uganda.³¹

After these pronouncements, most commentators have focused their attention on the, application of international human rights to occupied territory and on its relationship with rules of international humanitarian law that are simultaneously applied there, in particular to avoid or solve normative conflicts.³² However, beyond international human rights law, the wider issue of

²⁸ See generally Longobardo, Marco, *The Use... , cit.*, pp. 43-47.

²⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2004*, p. 136, para. 106 (hereinafter: *Wall* Opinion).

³⁰ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 168, para. 216 (hereinafter: 2005 *DRC v. Uganda* Judgment).

³¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20220209-JUD-01-00-EN.pdf> (hereinafter: 2022 *DRC v. Uganda* Judgment).

³² See, generally, Benvenisti, Eyal, “The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories”, *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 26, num. 1, 1992, pp. 24-35, <https://doi.org/10.1017/S0021223700010803>; Ben-Naftali, Orna & Shany, Yuval, “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories”, *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 37, num. 1, 2004, pp. 17-118, <https://doi.org/10.1017/S0021223700012413>; Arai-Takahashi, *op. cit.*, pp. 401-607; Noam Lubell, “Human Rights Obligations in Military Occupation”, *International Review of the Red Cross*, Cambridge, vol. 94, 2012, pp. 317-337; Gutiérrez

the applicability of rules of international law (both embodied in treaties and customary law) to complement the law of occupation remains largely unexplored. So far, the ICJ has discussed only the applicability of two other rules of international law embodied in the UN Charter and in customary international law alike, namely, the ban on the use of armed force and the principle of self-determination of peoples, both of which, according to the Court, apply in occupied territory along with the law of occupation.³³ Rather arbitrarily, the ICJ has excluded the application of the principle of permanent sovereignty over natural resources in occupied territory,³⁴ attracting criticisms from scholars.³⁵ Furthermore, in January 2023, under the 1979 Bern Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, Azerbaijan has launched some arbitral proceedings against Armenia,³⁶ which will likely lead an arbitral tribunal to rule on the applicability of this multilateral environmental treaty during the occupation of Nagorno-Karabakh.³⁷

The generic applicability of other treaty and customary law rules in occupied territory as an additional source of obligations for the occupying power outside the rules codified by the law of occupation has received some attention by academia. Some relatively dated studies on international labour law

Castillo, Víctor Luis, “La aplicación extraterritorial del Derecho internacional de los derechos humanos en casos de ocupación beligerante”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, vol. 36, 2018, pp. 1-31; Longobardo, Marco, *The Use... , cit.*, pp. 62-82.

³³ *Wall Opinion*, paras. 87-88.

³⁴ See 2005 *DRC v. Uganda Judgment*, para. 244.

³⁵ See Longobardo, Marco, “The Palestinian Right to Exploit the Dead Sea Coastline for Tourism”, *German Yearbook of International Law*, vol. 28, 2015, pp. 343-346; Longobardo, Marco, “State Responsibility for International Humanitarian Law Violations by Private Actors in Occupied Territories and the Exploitation of Natural Resources”, *Netherlands International Law Review*, Leiden vol. 63, num. 3, 2016, pp. 251-274, p. 256, <https://dx.doi.org/10.1007/s40802-016-0068-8>; Lieblich, Eliav and Benvenisti, Eyal, *op. cit.*, pp. 194-195.

³⁶ Republic of Azerbaijan, Ministry of Foreign Affairs, Press Release on Arbitration Filed by Azerbaijan against Armenia for Widespread Environmental Destruction, January 2023, <https://www.mfa.gov.az/en/news/no01523>

³⁷ For more on this, see Abualrob, Waad, Longobardo, Marco & Mackenzie, Ruth, “Applying International Environmental Law Conventions in Occupied Territory: The *Azerbaijan v. Armenia* Case under the Bern Convention”, *EJIL:Talk!*, 12 May 2023, <https://www.ejiltalk.org/applying-international-environmental-law-conventions-in-occupied-territory-the-azerbaijan-v-armenia-case-under-the-bern-convention/>

correctly pointed towards a broader approach to this question.³⁸ More recently, scholarly attention has stressed that, in certain fields such as the protection of the environment³⁹ and management of contagious diseases,⁴⁰ the law of occupation is integrated by external sources of international environmental law and international health law.

Overall, a clear trend favouring the application of external sources to complement the law of occupation is well-established in international case law and scholarship alike. Indeed, there is nothing in the law of occupation that prohibits the application of other rules of international law in occupied territory as long as their application does not result in a violation of the law of occupation itself. It is possible that some of these external rules are inapplicable outside the territory of a state or in times of armed conflict because of the rules regarding their scope of application rather than because of the law of occupation. But absent these two conditions, as explained by the work of the International Law Commission in the field of the effects of armed conflicts upon treaties,⁴¹ external sources complement the law of occupation.

Taking seriously the idea that the law of occupation is an open system, the following section dispels some common misconceptions suggesting that apartheid is inapplicable to occupied territory.

IV. Common Misconceptions About Apartheid

This section explores some common misconceptions about apartheid that may lead to the conclusion that apartheid and occupation are two mutually exclusive notions. In particular, the role of some historical examples and the use of terminology belonging to the principle of self-determination of peo-

³⁸ See Meron, Theodor, “The Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories”, *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 72, num. 3, 1978, pp. 542-557, <https://doi.org/10.2307/2200458>

³⁹ See Longobardo, Marco, “Animals in Occupied Territory”, in Peters, Anne, Kolb, Robert, and Hemptinne, Jérôme de (eds.), *Animals in the International Law of Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 224-226.

⁴⁰ Longobardo, Marco, “The Duties...”, *cit.*, pp. 764-766.

⁴¹ See Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries 2011, *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two.

ples may have inadvertently originated the perception that apartheid and occupation cannot coexist.⁴²

The 1973 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (Apartheid Convention or Convention) provides the definition of the crime of apartheid.⁴³ According to Article II, the definition of apartheid, “which shall include similar policies and practices of racial segregation and discrimination as practised in southern Africa, shall apply to [some] inhuman acts committed for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them.”

The most blatant case of apartheid was that established in South Africa against the non-white population between 1948 and 1991, closely followed by that established in Rhodesia up to 1980.⁴⁴ This example is so emblematic that the aforementioned definition of the 1973 Convention mentions ‘southern Africa’ as a paradigmatic case of apartheid, including in that notion both the apartheid in South Africa and that in Rhodesia.⁴⁵ In both countries, during the apartheid regimes, there were no situations of occupation. Indeed, occupations can be established only in the framework of an international armed conflict over the territory of a hostile state, whereas there was no such an occurrence in South Africa during apartheid. Rather, Article 1(4) of the API was devised to consider the struggle against apartheid as an international armed conflict specifically because, under international humanitarian law prior to

⁴² See, e.g., Zilbershats, Yaffa, *op. cit.*, pp. 916-919; but see Eden, Paul A., “The Practices of Apartheid as a War Crime: A Critical Analysis”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Leiden, vol. 16, 2013, pp. 89-117, https://doi.org/10.1007/978-94-6265-038-1_5

⁴³ 1973 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1015 U.N.T.S. p. 243.

⁴⁴ See generally Study of apartheid and racial discrimination in Southern Africa: report of the Special Rapporteur Manouchehr Ganji, E/CN.H/979, 18 December 1968; Ténékidès, Georges, “L’action des Nations Unies contre la discrimination raciale”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 168, 1980, pp. 437-458; Klotz, Audie, *Norms in International Relations: The Struggle against Apartheid*, Ithaca, Cornell University Press, 1995.

⁴⁵ Some authors consider that this expression referred also to the colonial Portuguese regimes in Angola and Mozambique until 1975. See Dugard, John, “L’Apartheid”, in Ascensio, Harvé, Decaux, Emmanuel and Pellet, Alain (eds.), *Droit International Penal*, 2nd ed., Paris, Pedone, 2012, p. 199.

1977, struggles against apartheid in non-occupied territory would have been considered non-international armed conflicts.⁴⁶

Accordingly, taking stock of the experiences in South Africa and Rhodesia, apartheid and occupation are often presented as legal institutions grounded on opposite premises. Following a distinction that is commonly employed in international law scholarship, apartheid is usually considered as a violation of the right to *internal* self-determination of a people, who are not permitted to participate in the political, social, and economic life of their state because of systematic racial discrimination.⁴⁷ More specifically, apartheid is considered a grave infringement of the principle of internal self-determination of peoples, which has some specific consequences under international law: notwithstanding the traditional neutrality of international law towards the internal organisation of a state, apartheid regimes are considered to be unlawful;⁴⁸ organised groups fighting against apartheid are subjects of international law in the form of movements of national liberation and are treated as such by the UN General Assembly;⁴⁹ armed fights against apartheid

⁴⁶ See Baxter, Richard R., “Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 16, num. 1, 1975, pp. 1-26, pp. 14-15; Boister, Neil, “The *Ius in Bello* in South Africa: A Postscript?”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Pretoria, vol. 24, num. 1, 1991, pp. 72-87, https://journals.co.za/doi/abs/10.10520/AJA00104051_569

⁴⁷ See, e.g., Rosas, Allan, “Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, in Tomuschat, Christian (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Leiden, Brill, 1993, pp. 237-238; Cassese, Antonio, *The Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 120-121; Dugard, John, “The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 357, 2011, p. 86; Senaratne, Kalana, *Internal Self-Determination in International Law History, Theory, and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 68. However, there are significant contrary views: see, e.g., Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. p. 217, para. 138.

⁴⁸ Salmon, Jean, “Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, in Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 260. See more recently, Longobardo, Marco, “Legal Perspectives on the Role of the Notion of «Denazification» in the Russian Invasion of Ukraine under *Jus contra Bellum* and *Jus in Bello*”, *Revue Belge de Droit International*, Brussels, vol. 54, núm. 1-2, 2021, pp. 223-225.

⁴⁹ A/RES/3412(XXX), 28 November 1975. See, generally, Spalding Brubeck, Kirsten, “Recognition of the African National Congress and the Apartheid Government: A Proposal for the United States”, *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, vol. 13, 1990, pp. 315-339.

deserve to be equated to international armed conflicts even if they are, essentially, non-international armed conflicts with a goal sanctioned by the international community.⁵⁰

On the other hand, a situation of occupation is a paradigmatic case of the infringement of the *external* right to self-determination of a people,⁵¹ that is, the right of a people to decide freely the external aspects of sovereignty and their international relations (through establishing a new state, acquiring internal autonomy within a state, or by merging with another state). As recently pointed out by the African Court on Human and Peoples' Rights in relation to the ongoing Moroccan occupation of Western Sahara, 'the right to self-determination is essentially related to peoples' right to ownership over a particular territory and their political status over that territory' and 'it is inconceivable to materialise the free enjoyment of the right to self-determination in the absence of any territory that peoples could call their homeland.'⁵² Accordingly, '[t]he Court stresses that [a] continued occupation [...] is incompatible with the right to self-determination of the people'.⁵³ Furthermore, contrary to what happens in contexts of apartheid, the armed fight

⁵⁰ Article 1(4) of the API. See, also, UNGA, A/RES/3103(XXVIII), 12 December 1973.

⁵¹ See Supreme Court of Canada, *Reference re Secession of Quebec*, *cit.*, para 138; Cassese, Antonio, *op. cit.*, pp. 90-99; Gareau, Jean-François, "Shouting at the Wall: Self-Determination and the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 18, num. 3, October 2005, pp. 489-521, p. 510, <https://doi.org/10.1017/S0922156505002840>; Ahmed, Dirdeiry M., *Boundaries and Secession in Africa and International Law: Challenging Uti Possidetis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 222; Mafrica Biazi, Chiara Antonia Sofia, "O princípio de autodeterminação dos povos dentro e fora do contexto da descolonização", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 67, 2015, p. 200; Wilde, Ralph, "Using the Master's Tools...", *cit.*

⁵² *Bernard Anbataayela Mornah v. Benin et als.*, App. No. 028/2018, Judgment of 22 September 2022, para. 301.

⁵³ *Ibidem*, para 303. See also *Wall* Opinion, para. 122 (where certain measures undertaken by the occupying power, rather than the occupation in its entirety, are considered to be in breach of self-determination). For more on the relationship between self-determination of peoples and the law of occupation, see, generally, Cardona Llorens, Jorge, "Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'occupation étrangère", in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, pp. 855-873; Wrangle, Pål, "Self-Determination, Occupation and the Authority to Exploit Natural Resources: Trajectories from Four European Judgments on Western Sahara", *Israel Law Review*, Tel Aviv, vol. 52, num. 1, 2019, pp. 3-29, <https://doi.org/10.1017/S0021223718000274>; Saul, Matthew, "The Right to Self-Determina-

against the occupying power is inherently governed by the law of international armed conflict since a situation of occupation can only occur during an international armed conflict.⁵⁴

The preponderant attention provided to apartheid in South Africa and Rhodesia and the analysis of apartheid from the standpoint of the principle of self-determination of peoples should not overcome the fact that apartheid is a violation of human rights law and an international crime for individuals. Accordingly, international humanitarian law and international criminal law are the lenses through which the applicability of apartheid to occupied territory must be assessed. The following section goes on to explain that the institutes of apartheid and occupation are not mutually exclusive.

V. The Applicability of Apartheid to Occupied Territory as a Violation of International Human Rights Law and as an International Crime

This section assesses whether apartheid is applicable to occupied territory as a violation of international human rights law and as an international crime. When dealing with the application of any treaty in occupied territory, two questions must be addressed: whether that treaty applies in armed conflict (because any occupation is a portion of an armed conflict) and whether that treaty applies extraterritorially (because occupied territory is, by definition, a portion of territory that does not belong to the occupying power). This is the relevant test for the application of the notion of apartheid, too.

The Apartheid Convention does not mention its applicability in armed conflict, nor does it limit its applicability to peacetime. Similarly, the Convention does not explain its territorial scope of application, leaving unanswered the question of whether it applies to extraterritorial actions of a state. However, the silence of the Convention on these issues is not decisive in concluding that the Convention does not apply in occupied territory. Rather, several considerations point towards the opposite conclusion.

tion and the Prolonged Occupation of Palestinian Territory”, in Zyberi Gentian (ed.), *Protecting Community Interests through International Law*, Antwerp, Intersentia, 2021, pp. 217-246.

⁵⁴ See generally Longobardo, Marco, *The Use, cit.*, pp. 205-229.

The analysis is undertaken considering that the Apartheid Convention can be seen as both an international human rights law treaty and as a treaty on international criminal law. From this perspective, the Apartheid Convention is similar to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide⁵⁵ (Genocide Convention) and the 2006 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (Enforced Disappearance Convention),⁵⁶ both of which have this dual character.

1. *The Application of Apartheid in Armed Conflict*

Considering the Apartheid Convention as an international human rights law treaty, it is straightforward to determine that absent any derogation, the Convention is applicable to armed conflict. The Apartheid Convention does not exclude armed conflicts from its own scope of application. Rather, today, there is an overall consensus that the application of international human rights law is not displaced by the mere fact that an armed conflict occurs.⁵⁷ This is the conclusion reached by the ICJ in the aforementioned *Wall* Opinion in relation to the applicability in occupied territory of the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,⁵⁸ which the Court considered to be applicable to a situation of armed conflict and occupation.⁵⁹ Similarly, on a different occasion, the ICJ took for granted that the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)⁶⁰ was applicable in situations of armed conflict, notwithstanding

⁵⁵ 78 U.N.T.S. p. 277.

⁵⁶ 2716 U.N.T.S. p. 3.

⁵⁷ See generally Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law*, Leiden, Brill, 2013; Oberleitner, Gerd, *Human Rights in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; Murray, Daragh *et al.*, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016; Wallace, Stuart, *The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

⁵⁸ 993 U.N.T.S. p. 3.

⁵⁹ *Wall* Opinion, para. 112.

⁶⁰ 660 U.N.T.S. p. 195.

the fact that its text does not provide any clear indication on its applicability in armed conflict.⁶¹

The fact that the CERD is presumed to be applicable in armed conflict is confirmed by a series of inter-state applications before the CERD Committee regarding its alleged violations in armed conflict,⁶² as well as by the constant practice of the CERD Committee in relation to the actions by Israel in the Occupied Palestinian Territory.⁶³ International case law and practice on the applicability of the CERD to situations of armed conflict is particularly relevant in relation to apartheid because Article 3 of the CERD contains a specific prohibition on apartheid, according to which “States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction”. It would be absurd to consider that the ban on apartheid mentioned in the CERD applies to armed conflicts while the ban on apartheid fully regulated by the Apartheid Convention does not.

Moreover, the conclusion that the ban on apartheid under the Apartheid Convention and the CERD is applicable during armed conflicts is in line with the opinion of the International Law Commission. In its work on the effects of armed conflicts on treaties, the Commission included “treaties for the international protection of human rights” in the list of treaties that are presumed to continue applying during times of armed conflict and occupation.⁶⁴

The same conclusion can be reached if one considers the ban on apartheid from an international criminal law perspective. First, the 1977 API, which is an international humanitarian law instrument governing armed conflict,

⁶¹ See, e.g., *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 October 2008; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Order of 7 December 2021; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Order of 7 December 2021.

⁶² CERD Committee, *Inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel*, CERD/C/100/5, 12 December 2019; *Decision on the admissibility of the inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel*, CERD/C/103/R.6, 20 May 2021. On the potential outcomes of these proceedings, see Keane, David, “Palestine v Israel and the Collective Obligation to Condemn Apartheid under Article 3 of ICERD”, *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, vol. 23, 2023, p. 1.

⁶³ CERD Committee, *Concluding observations on the combined seventeenth to nineteenth reports of Israel*, CERD/C/ISR/CO/17-19, 27 January 2020.

⁶⁴ See Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, *cit.*, Annex, lit f.

considers “practices of apartheid and other inhuman and degrading practices involving outrages upon personal dignity, based on racial discrimination” among those grave breaches of the law of armed conflict that belligerents must criminalize and prosecute as war crimes.⁶⁵ Accordingly, after 1977, international humanitarian law, the main legal framework governing situations of armed conflicts, addresses apartheid in the context of an international armed conflict, even if apartheid did not end up in the list of war crimes embodied in the Statute of the International Criminal Court. Notably, both domestic legislation and military manuals criminalise apartheid as a war crime in international armed conflicts.⁶⁶

Furthermore, apartheid is a crime against humanity. The first treaty that considers apartheid a crime against humanity is the 1968 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, which mentions apartheid in Article I.⁶⁷ Additionally, Article I(1) of the Apartheid Convention unequivocally states that ‘[t]he States Parties to the present Convention declare that apartheid is a crime against humanity’, whereas Article I(2) adds that ‘[t]he States Parties to the present Convention declare criminal those organizations, institutions and individuals committing the crime of apartheid.’ Moreover, not only are states bound by obligations of domestic criminalisation⁶⁸ in relation to apartheid pursuant to the Apartheid Convention,⁶⁹ but also this crime is autonomously punished by Article 7(1)(j) of the Statute of the International Criminal Court as a crime

⁶⁵ See Article 85(4)(c) of the API.

⁶⁶ See Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, Cambridge, International Committee of the Red Cross / Cambridge University Press, 2005, pp. 2054-2058.

⁶⁷ 754 U.N.T.S. p. 73.

⁶⁸ On this notion, see Longobardo, Marco, “The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation”, *International Criminal Law Review*, Leiden, vol. 21, num. 4, 2021, pp. 623-640, <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10051>

⁶⁹ According to Article IV of the Apartheid Convention, ‘The States Parties to the present Convention undertake: (a) To adopt any legislative or other measures necessary to suppress as well as to prevent any encouragement of the crime of apartheid and similar segregationist policies or their manifestations and to punish persons guilty of that crime; (b) To adopt legislative, judicial and administrative measures to prosecute, bring to trial and punish in accordance with their jurisdiction persons responsible for, or accused of, the acts defined in article II of the present Convention, whether or not such persons reside in the territory of the State in which the acts are committed or are nationals of that State or of some other State or are stateless persons’.

against humanity.⁷⁰ Under the Statute of the International Criminal Court, crimes against humanity can be committed both in peacetime and during armed conflict.⁷¹ This is in line with the position recently expressed by the International Law Commission in its 2019 Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, according to which crimes against humanity, including apartheid, should be punished during armed conflict.⁷² This conclusion resonates the texts of the aforementioned Genocide Convention and the Convention of Enforced Disappearances, which criminalise the respective crimes during armed conflict,⁷³ as well as with the previous opinion of the International Law Commission, which affirmed that “treaties on international criminal justice” continue to apply in armed conflict due to their subject-matter.⁷⁴

In light of the aforementioned survey of relevant state practice and case law, it is impossible to deny that the notion of apartheid under international criminal law and international human rights law is applicable during armed conflict. However, it is now necessary to assess whether it is applicable extra-territorially as well.

2. *The Extraterritorial Application of the Ban on Apartheid*

In relation to whether the Apartheid Convention and CERD apply extraterritorially to occupied territory, very few words are necessary. In the 2004 *Wall* Opinion, the ICJ considered that the ICESCR was binding on Israel in its extraterritorial actions even if that treaty does not include any provision on its scope of application.⁷⁵ As summarised and explored by vast scholarship, international case law has affirmed consistently that international human rights

⁷⁰ 2187 U.N.T.S. p. 3.

⁷¹ See Cryer, Robert, Robinson, Darryl and Vasiliev, Sergey, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 230.

⁷² See Draft Article 3, International Law Commission, 2019 Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, Yearbook of the International Law Commission, 2019, vol. II, Part Two.

⁷³ Respectively, Article I (“genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law”) and Article 1(1) (‘No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance’).

⁷⁴ 2011 Draft Articles on the effects of armed conflicts on treaties, *cit.*, annex, lit d.

⁷⁵ *Wall* Opinion, para. 112.

law conventions apply whenever a state exercises extraterritorial jurisdiction in the form of effective control over a portion of territory – such as in the case of an occupation.⁷⁶ Even the most unpersuasive decisions on the inapplicability of human rights conventions in armed conflict, such as the 2021 decision of the European Court of Human Rights in the controversial *Georgia v. Russia* (II) case, have maintained that international human rights law applies in occupied territory, excluding only its application to the active phase of hostilities outside the occupied territory.⁷⁷

Playing the devil's advocate, one might argue that the extraterritorial application of conventions such as the Apartheid Convention or the Genocide Convention is different in relation to the specific obligation at stake: for instance, the obligation to prosecute alleged breaches of the Genocide Convention is subject to the ordinary international law rules governing the exercise of states' criminal jurisdiction over international crimes⁷⁸ coupled with the special rules under Article VI of the Genocide Convention,⁷⁹ whereas the territo-

⁷⁶ See, e.g., Milanović, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Costa, Karen da, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden, Brill, 2012; Vezzani, Simone, "Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani", *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 101, num. 4, 2018, pp. 1086-1135.; Shany, Yuval, "The Extraterritorial Application of International Human Rights Law", *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 409, 2020, pp. 21-152; Raible, Lea, *Human Rights Unbound: A Theory of Extraterritoriality*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

⁷⁷ *Georgia v. Russia (II)*, App. No., 38263/09, Judgment of 21 January 2021, paras. 146-175. For criticisms, see, among others, Milanović, Marko, "Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos", *EJIL: Talk!*, 25 January 2021, <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>; Duffy, Helen, "Georgia v. Russia: Jurisdiction, Chaos and Conflict at the European Court of Human Rights", *Just Security*, 2 February 2021, <https://www.justsecurity.org/74465/georgia-v-russia-jurisdiction-chaos-and-conflict-at-the-european-court-of-human-rights/>; Vezzani, Simone, "Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani", *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 104, num. 3, 2021, pp. 647-688; Longobardo, Marco & Wallace, Stuart, "The 2021 ECtHR's Decision on *Georgia v Russia (II)* Case and the Application of Human Rights Law to Extraterritorial Hostilities", *Israel Law Review*, Tel Aviv, vol. 55, num. 2, 2022, pp. 145-177, <https://doi.org/10.1017/S0021223721000261>

⁷⁸ See, generally, Treves, Tullio, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padua, CEDAM 1973, pp. 53-64; Cryer, Robert, Robinson, Darryl and Vasiliev, Sergey, *op. cit.*, pp. 49-68.

⁷⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2007, p. 43, para 442.

rial scope of the duty to prevent genocide is constrained by the “the capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide”.⁸⁰ However, since there is nothing in the Apartheid Convention—or in any similar convention—that limits the scope of application of the duty *not to commit* apartheid (or, *mutatis mutandis*, genocide), this duty applies pursuant to the aforementioned rules governing the extraterritorial application of human rights treaties. Indeed, the International Court of Justice has recognized that the ban on genocide under the Genocide Convention would apply extraterritorially.⁸¹

Furthermore, it must be emphasized that the rules on apartheid included in the CERD are explicitly applicable to any territory under State jurisdiction, rather than merely in its own territory alone. According to Article 3, States Parties “undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature *in territories under their jurisdiction*”.⁸² According to the CERD Committee, Article 3 includes “such practices[...] imposed by forces outside the State,”⁸³ as well as those directly instituted within the territory of the State. As noted by Thornberry, Article 3 is the only jurisdictional clause in the CERD, and it explicitly applies to any territory under State jurisdiction in relation to apartheid, whereas no indication is included in relation to other prohibitions under that treaty.⁸⁴ By definition, an occupied territory is a territory under the extraterritorial jurisdiction of another state, the occupying power.

Finally, it is noteworthy that the ICJ has considered that the notion of apartheid was applicable to occupied territory in relation to Namibia in 1971.⁸⁵ At that time, Namibia was occupied by South Africa, which had no legal title over the area after the termination of the 1920 mandate in 1966.⁸⁶

⁸⁰ *Ibidem*, para. 430.

⁸¹ *Ibidem*, para. 183.

⁸² Emphasis added.

⁸³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 19, *The prevention, prohibition and eradication of racial segregation and apartheid*, U.N. Doc. A/50/18, para 2.

⁸⁴ Thornberry, Patrick, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 258.

⁸⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, para 129 (hereinafter: *South West Africa* Opinion).

⁸⁶ UNGA Res. 2145 (XXI), 27 October 1966. The ICJ considered that Namibia was under occupation in its *South West Africa* Opinion, para 118.

Although the ICJ was not applying the Apartheid Convention, which had not been yet adopted in 1971, but rather the customary international law definition of apartheid,⁸⁷ nevertheless, the Court's conclusion supports the idea that the ban on apartheid is applicable to occupied territory. From this perspective, the reference to 'policies and practices of racial segregation and discrimination as practised in southern Africa' in Article II of the Apartheid Convention should be read as a reference to apartheid in South Africa, Rhodesia, and *Namibia* as well.⁸⁸

The conclusion that apartheid is applicable in occupied territory is reinforced by Azerbaijan in relation to alleged apartheid established by Armenia in territories occupied between 1994 and 2020 in the framework of the Nagorno-Karabakh conflict: in a pending application before the ICJ, Azerbaijan alleged that Armenia had violated Article 3 of the CERD, which includes apartheid, by 'engaging in a campaign of ethnic cleansing and other racial segregation against Azerbaijanis, including through: the unlawful expulsion of hundreds of thousands of Azerbaijanis from the formerly Occupied Territories' and 'the construction of illegal Armenian settlements in those Territories'.⁸⁹ Accordingly, Azerbaijan believes that apartheid applies extraterritorially in situations of armed conflict and that the institutions of apartheid and occupation are not mutually exclusive.

This section has thus demonstrated that there is nothing in international law preventing the application of apartheid in armed conflict and from applying it extraterritorially to a territory over which a state exercises temporarily extraterritorial jurisdiction. Consequently, the institutions of apartheid is

⁸⁷ On the latitude of the customary international law definition of apartheid, see generally Jackson, Miles, "The Definition of Apartheid in Customary International Law and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination", *International and Comparative Law Quarterly*, London, vol. 71, 2022, pp. 831-855.

⁸⁸ Quigley, John, "Apartheid Outside Africa: The Case of Israel", *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, vol. 1, 1991, p. 224; Dugard, "L'Apartheid", *cit.*, pp. 199-200.

⁸⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Application instituting proceedings, 23 September 2021, para. 98. Armenia reciprocated the allegations of apartheid in armed conflict – with no reference to occupied territory – in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 16 September 2021, para. 97.

fully applicable in occupied territory under international human rights law, international criminal law, and international humanitarian law.

VI. Avoiding Normative Conflicts Between the Law of Occupation and Apartheid

The previous section has demonstrated that apartheid, both as an international human rights law violation and as an international crime, is applicable to occupied territory. The analysis requires a brief overview of the main issues pertaining to the application of the notion of apartheid in occupied territory.⁹⁰

The crux of the issue is distinguishing between cases in which the law of occupation and apartheid do not overlap, and cases in which an overlapping does in fact exist.⁹¹ If the two branches of international law do not overlap in relation to certain specific conduct, they will apply cumulatively without any normative conflict.⁹² Thus, apartheid will fill gaps in the law of occupation by dealing with conduct that is not directly addressed by international humanitarian law.

However, it is possible that the rules on apartheid under international human rights law and international criminal law overlap with certain provisions of the law of occupation. In this case, two scenarios can be distinguished. On the one hand, it is possible that the law of occupation and the ban on apartheid reinforce each other. For instance, this is the case of the prohibition of settlements: settlements are illegal under Article 49(6) of the Fourth Geneva Convention and can be used to impose a system of racial discrimination and segregation that amounts to apartheid. On the other hand, the law of occupation and apartheid can present apparent normative conflicts, for instance, in relation to the possibility for the occupying power to maintain two different legal systems in the occupied territory, one pursuant to the duty to maintain the law in force in the occupied territory for the local population, the other pursuant to the right of the occupying power to adopt measures to protect its own safety. If the two provisions reinforce each other, no issue should arise.

⁹⁰ For more on this, see Jackson, Miles, “Expert Opinion”, *cit.*

⁹¹ *Wall Opinion*, para. 106.

⁹² Jackson, Miles, “Expert Opinion”, *cit.*, paras 46-47.

If there is an apparent normative conflict, though, this should be avoided through interpretation,⁹³ following the established case law of international courts and tribunals on the relationship between international human rights law and international humanitarian law. The ICJ reached this conclusion in its 1996 *Nuclear Weapons* Opinion, which clarified that in cases of contextual application of international humanitarian law and international human rights law, the latter must be interpreted in light of the former, under the principle of *lex specialis*.⁹⁴ The Court's argument has been explored in detail because its reference to *lex specialis* in this context has generated a significant debate: in fact, the Court demanded the undertaking of a contextual interpretive operation, which is fully consonant with the obligation under Article 31(3)(c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties directing that the interpretation of treaty terms be undertaken in light of any other rules of international law applicable between the parties.⁹⁵ Accordingly, the reference to *lex specialis* is misleading since *lex specialis* is usually understood as a technique to solve normative conflicts once interpretation fails to avoid them, whereas this is not the way in which this notion is understood in the discourse on the relationship between international human rights law and international humanitarian law.⁹⁶ Although this is not the occasion to explore this topic in depth,⁹⁷ suffice it to say that the use of international humanitarian law to interpret international human rights law and vice versa is commonplace in the case-law of Inter-American and European human rights courts and mechanisms.⁹⁸

⁹³ *Ibidem*, para. 54-56.

⁹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 25.

⁹⁵ 155 U.N.T.S. p. 331.

⁹⁶ On the various uses of *lex specialis*, see Milanović, Marko, "A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law", *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, vol. 14, num. 3, 2009, pp. 459-483, <https://doi.org/10.1093/jcsl/krp033> (who is less optimistic than this author on the possibility to avoid normative conflicts through interpretation in almost all the circumstances).

⁹⁷ This author has expressed his views on this topic in Longobardo, Marco, *The Use...*, *cit.*, pp. 71-80.

⁹⁸ See, e.g., Inter-American Court of Human Rights, *Cruz Sánchez y otros vs Perú*, 17 April 2015, paras. 272-273; European Court of Human Rights, *Hassan v. UK*, App. no. 29750/09, 16 September 2014, para. 100.

Applying this conclusion to the topic at hand, it is possible to argue that in the specific context of occupied territory, the law of occupation guides the interpretation of the definition of apartheid. For instance, the notion of arbitrary arrest and illegal imprisonment in Article 2(a)(iii) of the Apartheid Convention should be interpreted in light of the rules of the law of occupation that permit the occupying power to restrict the personal freedom of the local population (e.g., Article 78 of the Fourth Geneva Convention). Similarly, the notion of “legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group or groups from participation in the political, social, economic and cultural life of the country” should be interpreted in light of the rules of the law of occupation pertaining to continuing functioning of public officials affiliated with the ousted sovereign (Article 54 of the Fourth Geneva Convention). From this perspective, by employing Article 31(3)(c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties to avoid normative conflict, it is very unlikely that any conflict between the law of occupation and apartheid will materialize.

If such an unavoidable normative conflict materialises, international law does not permit the prevalence of the law of occupation over the ban on apartheid. It is true that the ICJ affirmed in the *Wall* Opinion that, in cases of normative conflicts between international humanitarian law and international human rights law, the former prevails over the latter as *lex specialis*.⁹⁹ However, only one year later, in the 2005 *DRC v. Uganda* judgment, the ICJ omitted any reference to *lex specialis* as a reason to render international humanitarian law prevailing.¹⁰⁰ This may signify that the ICJ has retracted its prior statement on the possibility that applicable international human rights law could be displaced by international humanitarian law.¹⁰¹ This conclusion is reinforced by the *jus cogens* nature of the ban on apartheid¹⁰² which, as a such,

⁹⁹ *Wall* Opinion, para. 106.

¹⁰⁰ 2005 *DRC v. Uganda* Judgment, para. 216.

¹⁰¹ See, e.g., Kolb, Robert, and Vité, Sylvain, *op. cit.*, p. 334; Milanović, Marko, ‘A Norm Conflict’, *cit.*, p. 464; Annoni, Alessandra, *op. cit.*, p. 126; Vitucci, Maria Chiara, *Sovranità e amministrazioni territoriali*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, p. 55; Longobardo, *The Use...*, *cit.*, pp. 76-77.

¹⁰² International Law Commission, 2022 Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), A/77/10, para. 43, Draft Conclusion 23(e).

prevails over other rules of international law.¹⁰³ In any case, it is necessary to reiterate that the law of occupation and the ban on apartheid reinforce each other and that any normative conflict between the two that cannot be solved through interpretation is extremely unlikely.

VII. Conclusions

This article has demonstrated that apartheid and occupation are not mutually exclusive, but rather, they are international law institutions which can apply simultaneously. Whereas the law of occupation is intrinsically linked to territorial considerations and the preservation of territorial sovereignty, apartheid under international human rights law and international criminal law pertains to individuals, their rights, and their duties under international law, irrespective of any consideration pertaining to the status of the territory wherein they are physically located.

Situations of occupation are, sadly, fertile soil for violations of rights of individuals and groups, particularly since they are established in the context of an armed conflict. During occupations, the enemy occupying power is tasked with governing a territory and the population dwelling therein, in a hostile framework that could result in the adoption of discriminatory and segregatory systems. By definition, apartheid can be seen as a perversion of the good governance that should occur in a state with the welfare of the citizens in mind, since it excludes and targets a specific racial group. The fact that the latter can occur in the former environment is far from unlikely. International law does not impose any barrier to the application of apartheid, and the prosecution of its perpetrators, in occupied territory.

VIII. Bibliography

ABUALROB, Waad, LONGOBARDO, Marco & MACKENZIE, Ruth, “Applying International Environmental Law Conventions in Occupied Territory: The *Azerbaijan v. Armenia* Case under the Bern Convention”, *EJIL:Talk!*, 12 May 2023, <https://www.ejiltalk.org/applying-international-environmental->

¹⁰³ Article 53, Vienna Convention on the Law of Treaties.

[law-conventions-in-occupied-territory-the-azerbaijan-v-armenia-case-under-the-bern-convention/](#)

- AHMED, Dirdeiry M., *Boundaries and Secession in Africa and International Law: Challenging Uti Possidetis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- ANNONI, Alessandra, *L'occupazione 'ostile' nel diritto internazionale contemporaneo*, Turin, Giappichelli, 2012.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- BAXTER, Richard R., "Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law", *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 16, num. 1, 1975, pp. 1-26.
- BAXTER, Richard R., "The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant", *British Year Book of International Law*, Oxford, vol. 27, 1950, pp. 235-266.
- BEN-NAFTALI, Orna & SHANY, Yuval, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 37, num. 1, 2004, pp. 17-118, <https://doi.org/10.1017/S0021223700012413>
- BEN-NAFTALI, Orna, GROSS, Aeyal M., and MICHAELI, Keren J., "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, vol. 23, num. 3, 2005, pp. 551-614, <https://doi.org/10.15779/Z38H948>.
- BENVENISTI, Eyal, "The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories", *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 26, num. 1, 1992, pp. 24-35, <https://doi.org/10.1017/S0021223700010803>
- BENVENISTI, Eyal, *The International Law of Occupation*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BOISTER, Neil, "The *Ius in Bello* in South Africa: A Postscript?", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Pretoria, vol. 24, num. 1, 1991, pp. 72-87, https://journals.co.za/doi/abs/10.10520/AJA00104051_569
- BOTHE, Michael, "The Administration of Occupied Territory", in CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola & SASSÒLI, Marco (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- CAPOTORTI, Francesco, *L'occupazione nel diritto di guerra*, Naples, Jovene, 1949.

- CARDONA Llorens, Jorge, “Le principe du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes et l’occupation étrangère”, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: Mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, pp. 855-873.
- CASSESE, Antonio, *The Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- CRYER, Robert, Robinson, Darryl and Vasiliev, Sergey, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- CUYCKENS, Hanne, *Revisiting the Law of Occupation*, Leiden, Brill, 2017.
- COSTA, Karen da, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden, Brill, 2012.
- DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- DUFFY, Helen, “Georgia v. Russia: Jurisdiction, Chaos and Conflict at the European Court of Human Rights”, *Just Security*, 2 February 2021, <https://www.justsecurity.org/74465/georgia-v-russia-jurisdiction-chaos-and-conflict-at-the-european-court-of-human-rights/>
- DUGARD, John & REYNOLDS, John, “Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 24, num. 3, 2013, pp. 867-913, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht045>
- DUGARD, John, “L’Apartheid”, in ASCENSIO, HARVÉ, DECAUX, Emmanuel and Pellet, Alain (eds.), *Droit International Penal*, 2nd ed., Paris, Pedone, 2012.
- DUGARD, John, “The Secession of States and their Recognition in the Wake of Kosovo”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 357, 2011.
- EDEN, Paul A., “The Practices of Apartheid as a War Crime: A Critical Analysis”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Leiden, vol. 16, 2013, pp. 89-117, https://doi.org/10.1007/978-94-6265-038-1_5
- ERAKAT, Noura, LI, Darryl, and REYNOLDS, John, “Race, Palestine, and International Law”, *AJIL Unbound*, vol. 117, 2023, pp. 77-81, <https://doi.org/10.1017/aju.2023.9>
- FERRARO, Tristan (ed.), *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2012.
- GAREAU, Jean-François, “Shouting at the Wall: Self-Determination and the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied

- Palestinian Territory”, *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 18, num. 3, October 2005, pp. 489-521, <https://doi.org/10.1017/S0922156505002840>
- GREENWOOD, Christopher, “The Administration of Occupied Territory in International Law”, in PLAYFAIR, Emma (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- GROSS, Aeyal M., *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, “La aplicación extraterritorial del Derecho internacional de los derechos humanos en casos de ocupación beligerante”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, vol. 36, 2018, pp. 1-31.
- HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, Cambridge, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005.
- JACKSON, Miles, “Expert Opinion on the Interplay between the Legal Regime Applicable to Belligerent Occupation and the Prohibition of Apartheid under International Law, Diakonia: International Humanitarian Law Centre”, 23 March 2021, <https://www.diakonia.se/ihl/news/expert-opinion-occupation-palestine-apartheid/>
- JACKSON, Miles, “The Definition of Apartheid in Customary International Law and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *International and Comparative Law Quarterly*, London, vol. 71, 2022, pp. 831-855, <https://doi.org/10.1017/S0020589322000379>
- KEANE, David, “Palestine v Israel and the Collective Obligation to Condemn Apartheid under Article 3 of ICERD”, *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, vol. 23, num. 2, 2023.
- KLOTZ, Audie, *Norms in International Relations: The Struggle against Apartheid*, Ithaca, Cornell University Press, 1995.
- KOLB, Robert and VITÉ, Sylvain, *Le droit de l’occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Brussels, Bruylant, 2009.
- KORMAN, Sharon, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- LAUTERPACHT, Hersch *Oppenheim’s International Law. A Treatise*, vol. II: *Disputes, War and Neutrality*, 7th ed., London, Longmans, 1952, pp. 438-439.

- LIEBLICH, Eliav and BENVENISTI, Eyal, *Occupation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- LINGAAS, Carola, “The Crime against Humanity of Apartheid in a Post-Apartheid World”, *Oslo Law Review*, Oslo, vol. 2, num. 2, 2015, pp. 86-115, <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw2566>
- LONGOBARDO, Marco & WALLACE, Stuart, “The 2021 ECtHR’s Decision on *Georgia v Russia (II)* Case and the Application of Human Rights Law to Extraterritorial Hostilities”, *Israel Law Review*, Tel Aviv, vol. 55, num. 2, 2022, pp. 145-177, <https://doi.org/10.1017/S0021223721000261>
- LONGOBARDO, Marco, “Animals in Occupied Territory”, in Peters, Anne, Kolb, Robert, and de Hemptinne, Jérôme (eds.), *Animals in the International Law of Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 224-226.
- LONGOBARDO, Marco, “Legal Perspectives on the Role of the Notion of «Denazification» in the Russian Invasion of Ukraine under *Jus contra Bellum* and *Jus in Bello*”, *Revue Belge de Droit International*, Brussels, vol. 55, núm. 1-2, 2021, pp. 209-235.
- LONGOBARDO, Marco, “State Responsibility for International Humanitarian Law Violations by Private Actors in Occupied Territories and the Exploitation of Natural Resources”, *Netherlands International Law Review*, Leiden, vol. 63, num. 3, 2016, <https://dx.doi.org/10.1007/s40802-016-0068-8>
- LONGOBARDO, Marco, “The Duties of Occupying Powers in Relation to the Prevention and Control of Contagious Diseases through the Interplay between International Humanitarian Law and the Right to Health”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, vol. 54, num. 3, 2022, pp. 757-804, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol55/iss3/4/>
- LONGOBARDO, Marco, “The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation”, *International Criminal Law Review*, Leiden, vol. 21, num. 4, 2021, pp. 623-640, <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10051>
- LONGOBARDO, Marco, “The Palestinian Right to Exploit the Dead Sea Coastline for Tourism”, *German Yearbook of International Law*, vol. 28, 2015, pp. 343-346.
- LONGOBARDO, Marco, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- LUBELL, Noam, “Human Rights Obligations in Military Occupation”, *International Review of the Red Cross*, Cambridge, vol. 94, 2012, pp. 317-337.

- MAFRICA BIAZI, Chiara Antonia Sofia, “O princípio de autodeterminação dos povos dentro e fora do contexto da descolonização”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 67, 2015, pp. 181-212, 10.12818/P.0304-2340.2015v67p181
- MERON, Theodor, “The Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories”, *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 72, num. 3, 1978, pp. 542-557, <https://doi.org/10.2307/2200458>
- MERON, Theodor, “The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War”, *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 111, num. 2, 2017, pp. 372-374, <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.10>
- MIGLIAZZA, Alessandro, *L'occupazione bellica*, Milan, Giuffrè, 1949.
- MILANOVIĆ, Marko, “A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law”, *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, vol. 14, num. 3, 2009, pp. 459-483, <https://doi.org/10.1093/jcsl/krp033>
- MILANOVIĆ, Marko, “Georgia v. Russia No. 2: The European Court’s Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos”, *EJIL:Talk!*, 25 January 2021, <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>
- MILANOVIĆ, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MÜLLER, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law*, Leiden, Brill, 2013.
- MURRAY, Daragh et al., *Practitioners’ Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- OBERLEITNER, Gerd, *Human Rights in Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- OPPENHEIM, Lassa, “The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants”, *Law Quarterly Review*, London, 1907, vol. 37.
- PELLET, Alain, “La destruction de Troie n’aura pas lieu”, *Palestine Yearbook of International Law*, Ramallah, vol. 4, 1987-1988.
- QUIGLEY, John, “Apartheid Outside Africa: The Case of Israel”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, vol. 1, 1991.
- RAIBLE, Lea, *Human Rights Unbound: A Theory of Extraterritoriality*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

- REYNOLDS, John, “Apartheid and International Law in Palestine”, in KISWANSON, Nada and POWER, Susan (eds.), *Prolonged Occupation and International Law*, Leiden, Brill, 2023.
- RONEN, Yaël, “Illegal Occupation and Its Consequences”, *Israel Law Review*, Tel-Aviv, vol. 41, num. 1-2, 2008, pp. 201-245, p. 201, <https://doi.org/10.1017/S0021223700000224>
- ROSAS, Allan, “Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, in TOMUSCHAT, Christian (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, Leiden, Brill, 1993, pp. 237-238.
- SAHD, Fabio Bacila, “Ocupação ou apartheid? Uma ressignificação interpretativa necessária para o caso palestino/israelense”, *Outros Tempos*, São Luís, vol. 19, 2022, pp. 92122.
- SALMON, Jean, “Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?”, en TOMUSCHAT, Christian, *Modern Law of Self-Determination*, Leiden, Brill, 1993.
- SALMON, Jean, “Les colonies de peuplement israéliennes en territoire palestinien occupé au regard de l’avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 9 juillet 2004”, in FISCHER-LESCANO, Andreas et als. (eds.), *Frieden in Freiheit, Peace in liberty, Paix en liberté – Festschrift für Michal Bothe zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 285-308.
- SAUL, Matthew, “The Right to Self-Determination and the Prolonged Occupation of Palestinian Territory”, in Zyberi, Gentian (ed.), *Protecting Community Interests through International Law*, Antwerp, Intersentia, 2021, pp. 217-246.
- SCHWENK, Edmund H., “Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations”, *Yale Law Journal*, New Heaven, vol. 54, 1945.
- SENARATNE, Kalana, *Internal Self-Determination in International Law History, Theory, and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- SHANY, Yuval, “The Extraterritorial Application of International Human Rights Law”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 409, 2020, pp. 21-152.
- SPALDING BRUBECK, Kirsten, “Recognition of the African National Congress and the Apartheid Government: A Proposal for the United States”, *Hastings International and Comparative Law Review*, San Francisco, vol. 13, 1990, pp. 315-339.
- TÉNÉKIDÈS, Georges, “L’action des Nations Unies contre la discrimination raciale”, *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 168, 1980, pp. 437-458.

- THORNBERRY, Patrick, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- TILLEY, Virginia, *Beyond Occupation: Apartheid, Colonialism and International Law in the Occupied Palestinian Territories*, Londres, Pluto Press, 2012.
- TOMUSCHAT, Christian, "Prohibition of Settlements", in CLAPHAM, Andrew, GAETA, Paola and SASSÒLI, Marco, (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1551-1574.
- TREVES, Tullio, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padua, CEDAM, 1973.
- VEZZANI, Simone, "Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani", *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 104, num. 3, 2021, pp. 647-688.
- VEZZANI, Simone, "Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani", *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 101, num. 4, 2018, pp. 1086-1135.
- VITUCCI, Maria Chiara, *Sovranità e amministrazioni territoriali*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012.
- VON GLAHN, Gerhard, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957.
- WALLACE, Stuart, *The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- WILDE, Ralph, "Using the Master's Tools to Dismantle the Master's House: International Law and Palestinian Liberation", *The Palestine Yearbook of International Law*, Ramallah, vol. 22, num. 1, 2021, pp. 1-74, https://doi.org/10.1163/22116141_022010_002
- WRANGE, Pål, "Self-Determination, Occupation and the Authority to Exploit Natural Resources: Trajectories from Four European Judgments on Western Sahara", *Israel Law Review*, Tel Aviv, vol. 52, num. 1, 2019, pp. 3-29, <https://doi.org/10.1017/S0021223718000274>
- ZILBERSHATS, Yaffa, "Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory: A Reply to John Dugard and John Reynolds", *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 24, num. 3, 2013, pp. 915-928, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht043>

*Refugees, Climate Litigation in the Global South and
Climate Change: Facing the Gap in the Protection
of Climate Refugees in International Law*

Refugiados, litigación climática en el sur
global y cambio climático: enfrentando
la brecha en la protección de refugiados
climáticos en el derecho internacional

Réfugiés, litiges climatiques dans les pays
du Sud et changement climatique: combler
les lacunes dans la protection des réfugiés
climatiques en droit international

Estela Cristina Vieira de Siqueira

 <https://orcid.org/0000-0003-4188-8264>

Universidade de São Paulo. Brazil
E-mail: estelacvieira@gmail.com

Recepción: 25 de agosto de 2022
Aceptación: 16 de marzo de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17289>

Abstract: Climate change, as the main catalyst for catastrophes in this century, is closely linked to large groups of human beings in forced displacement. This group, called climate migrants - people who, against their will, have to leave their places of origin due to climate phenomena. However, this group of human beings, which tends to expand expressively in the coming decades, reaching somewhere between 200 million to 1.2 billion people by 2050, still does not enjoy specific protection, for what they could be considered: refugees. Despite this, the recognition of this category of migrants as refugees is of immediate importance, due to the need for protection, which has not yet been reflected in international law. Thus, at the moment, what advances have been achieved regarding the protection of climate “refugees” and regarding the evolution of the use of the expression? The present work is developed through bibliographic and documentary research as a research technique, and the analytical-deductive method for analyzing information. In this context, climate strategic litigation, a mechanism through which climate

impacts on human rights can be claimed in international courts, could be a possible short-term solution to the legislative gap for refugee protection.

Keywords: migration, refugees, climate refugees, climate migrations, climate litigation, international law.

Resumo: As mudanças climáticas, enquanto principal catalisador de catástrofes neste século, estão intimamente ligadas a grandes fluxos de seres humanos em deslocamento forçado. A esse grupo, dá-se o nome de migrantes climáticos - pessoas que, sem qualquer traço de voluntariedade, têm de deixar seus lugares de origem em razão dos fenômenos do clima. No entanto, esse grupo de seres humanos, que tende a se ampliar vertiginosamente nas próximas décadas, atingindo algo entre 200 milhões a 1.2 bilhão de pessoas até 2050, ainda não goza de proteção específica, pelo que poderiam ser considerados: refugiados. A despeito disso, é de imediata importância o reconhecimento dessa categoria de migrantes como refugiados, em razão da necessidade de proteção, o que ainda não se refletiu no direito internacional. Assim, até o presente momento, quais os avanços conquistados quanto à proteção dos “refugiados” climáticos e quanto à evolução da utilização da expressão? O presente trabalho se desenvolve através da pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa, e do método analítico-dedutivo para análise das informações. Nesse contexto, a litigância climática estratégica, mecanismo por meio do qual os impactos climáticos sobre os direitos humanos podem ser reivindicados em tribunais internacionais, pode ser uma possível solução de curto prazo para a lacuna legislativa para a proteção de refugiados.

Palavras-Chave: migração, refúgio, refugiados climáticos, migrações climáticas, litigância climática, direito internacional.

Résumé: Le changement climatique, en tant que principal catalyseur des catastrophes de ce siècle, est étroitement lié à de grands groupes d’êtres humains en déplacement forcé. Ce groupe, appelé migrants climatiques - des personnes qui, contre leur gré, doivent quitter leur lieu d’origine en raison de phénomènes climatiques. Cependant, ce groupe d’êtres humains, qui tend à s’étendre de manière expressive dans les décennies à venir, atteignant quelque part entre 200 millions et 1,2 milliard de personnes d’ici 2050, ne bénéficie toujours pas d’une protection spécifique, pour ce qu’ils pourraient être considérés: réfugiés. Malgré cela, la reconnaissance de cette catégorie de migrants en tant que réfugiés est d’une importance immédiate, en raison du besoin de protection, qui n’a pas encore été reflété dans le droit international. Ainsi, à l’heure actuelle, quelles avancées ont été réalisées concernant la protection des « réfugiés » climatiques et concernant l’évolution de l’usage de l’expression? Le présent travail est développé à travers la recherche bibliographique et documentaire comme technique de recherche, et la méthode analytique-déductive d’analyse de l’information. Dans ce contexte, le litige stratégique climatique, un mécanisme par lequel les impacts climatiques sur les droits de l’homme peuvent être revendiqués devant les tribunaux internationaux, pourrait être une solution possible à court terme au vide législatif en matière de protection des réfugiés.

Mots-clés: migration, réfugiés, réfugiés climatiques, migrations climatiques, contentieux climat, droit international.

Summary: I. Introduction. II. The evolution of the concept of “climate refugees”. III. Framing climate migration in international law. IV. Climate litigation and the legal gap on climate refugees: inspiration from the global south. V. Conclusions. VI. Bibliography.

I. Introduction

With the countless situations that can arise from climate change—from rising ocean levels and the melting of glaciers and ice caps to the complete disappearance of small island countries such as Tuvalu, Vanuatu, Nauru and Tonga, including the effects immediately perceptible as the increase in temperatures—short and long-term responses must be considered to mitigate the consequences in this century, caused by human actions on the climate.

Considering the most severe aspects on the population, which can lead to intense migration flows of people who cannot return to their countries of origin precisely because of the severity of climate catastrophes, reality confronts us with a gap in international legislation concerning the protection of the so-called *climate refugees*, an expression adopted by the specialized literature since the 1980s, but which still does not find scope in international law. Those who migrate for climate reasons are not yet considered *refugees*.

This is due to the specificity of the protection given by the status of refugee, designated for people fleeing persecution of civil and political nature, among which environmental changes are not found, for some reasons: the climate does not persecute, and also because there is an important difference in the individual legal nature of the refugee status and the trans-individual nature of the environment that renders them, at least at a first legal point of view, incompatible.

However, this lack of definition is set to expose from 200 million people, in the most optimistic estimates, to 1.2 billion people in the coming decades,¹ in the most worrying estimates—humans who will be forced to abandon their places of origin due to climate change,² and are at risk of not being covered with due international protection—an estimate that, howev-

¹ Institute for Economics and Peace. Over one billion people are at threat of being displaced by 2050 due to environmental change, conflict and civil unrest (2020), available at: <https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2020/09/Ecological-Threat-Register-Press-Release-27.08-FINAL.pdf> (last visited December 27, 2021)

² Koser, Khalid, “Why migration matters”, *Current History*, vol. 108, no. 717, April 2009, pp. 147-153.

er, does not fully reveal the complexity of the facts: the origin of the migration phenomena and the location and extent of the damage caused by climate change are uncertain, unpredictable and, as far as it can be currently stated, already irreversible.³

Such consequences can also occur in different ways, in the form of prolonged droughts, unusual amounts of rain, desertification, changes in plantations and harvests,⁴ exacerbating existing conflicts and creating new ones, in already very fragile regions, which does not mean, however, that only developing countries will be affected.

Each year, according to data from the United Nations High Commissioner for Refugees, it is estimated that more than 20 million people have to leave their homes annually due to climate disasters,⁵ which affects small economies, such as Bangladesh, and large economies, such as India, China and the United States.⁶

As climate change is becoming increasingly difficult to be denied, given the environmental catastrophes striking worldwide, it is of utmost importance to address the immediate consequences affecting humans, as the survival of the species is in debate. Still, there are aspects of the protection that remain outside of the legal framework, despite its growing importance, such as the need to encompass environmental migration in the definition of refugee.

As noted in this work, there is little interest/effort to produce legal instruments concerning climate refugees, which brings us to the need to seek other means to deliver the necessary results, as the human rights consequences of the absence of full non-refoulement protection in these situations —specially for Small Island States— can be irreversible. In this scenario, climate litigation, when major impact contexts can be taken to international courts, might arise as a possible short-term solution to the gap in the legislation —a strategic use of multilevel governance.

³ *Idem*.

⁴ United Nations High Commissioner for Refugees. Climate Change and Disaster Displacement (2020), available at: <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html> (last visited December 27, 2021)

⁵ *Id.*

⁶ World Economic Forum. Climate Refugees - the World's Forgotten Victims (2021), available at: <https://www.weforum.org/agenda/2021/06/climate-refugees-the-world-s-forgotten-victims> (last visited December 27, 2021)

One possible suggestion for the future could be climate litigation along these lines, as the leading cases analysed here, about other human rights issues related to climate, reveal some interesting perspectives that could have reflections in refugee protection. In the present work, an epistemological option to look after jurisprudence from the Global South assumes an important role: this is the part of the planet most affected by climate change, due to its special economic, social and development conditions, which means that development coming from this portion of the planet on the subject is extremely relevant to the discussions on protection and displacement.

In this sense, how have the subject of climate migrants developed and what progress has been made so far, given the exclusive protection of refugees? From the methodological point of view, in order to proceed with the best approach to the issue, the option was made for the analytical-deductive research method, starting from bibliographic and documentary research as a research technique.

II. The Evolution of the Concept Of “Climate Refugees”

The refugee concept adopted until the present moment dates from 1951, and since then, few substantial changes have occurred regarding its informative core, with the most important one being in the text of the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, with the removal of the geographical and temporal limitation that guaranteed protection only to European refugees from the Second World War. But the central definition remained unchanged, considering that:

Owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country ; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.⁷

⁷ Article 1, A(2), Definition of the term “refugee”, *Convention relating to the Status of Refugees*, 1951, available at: <https://www.unhcr.org/ph/wp-content/uploads/sites/28/2017/03/3.3-1967-Protocol-relating-to-the-status-of-refugees.pdf>

From the Convention itself, it is noted that it is a legal institute shaped for individual protection, which means that its recognition, for all the cases mentioned in the text, is done on a case-by-case basis, individually. An asylum-seeker, among the countries that are members of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, must go to the competent immigration authority of the country where they intend to apply for refuge, and they will do so only in their own name.

Other members of their family, provided they also have a well-founded fear of persecution, may also be recognized with the same status, but only under these conditions: that they are also included in the modalities of recognition. If the individual victim of persecution is only one person among them, the right to family reunion can be claimed for the other members of the group, but the refugee status, specifically, will only be granted for those persecuted.

In addition to the hypotheses listed in the 1951 Convention, in the Inter-American context there are some additional possibilities for extending the status of refugee, according to the Cartagena Declaration of 1984—which finds similarity in another document from the African system of Human Rights, of 1969—including in the concept the possibility of granting refugee status due to “generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances that have seriously disturbed public order”.⁸

These contexts listed in Cartagena have a slightly different characteristic from the individual persecution of the 1951 text, as they reveal situations that occur in collective contexts, such as domestic political instabilities, which could give rise to the collective protection of refugees in the Inter-American context, although it has not yet occurred, and the recognition is still individual, made person to person.

That said, there is still no collective recognition of refugees. And this is exactly the gap in relation to climate migrants that, for the time being, makes their inclusion in the recognition of refugee status unfeasible: climate change is collective and more, environmental law is trans-individual and diffuse, of indeterminate ownership, which would render its relationship with refugee status and its individual nature very difficult to assemble.

⁸ United Nations High Commissioner for Refugees. Declaração de Cartagena (1984), available at: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf (last visited December 25, 2021)

Furthermore, even if this were the hypothesis, of recognizing collective modalities of refugee status, the informative core, once again and still, are the persecutions, conflicts and serious violations of human rights. And the environment does not promote persecution, and it is not directly considered a human right, although it is an extension, in terms of human rights, of the right to life, the right to health, physical integrity and the dignity of the human person.⁹

The climate refugee status, or environmental refugee status, first appeared in a document of public circulation in a report developed by Essam El-Hinnawi, for the United Nations Environment Program, in 1985, but its origin and use may have happened earlier, since the 1970s.¹⁰ However, it is common among climate migration scholars to consider that El-Hinnawi was the first to conceptualize the expression, as he was the first to bring it into a text destined to public debate,¹¹ when defining that climate refugees are persons who were

forced to leave their original habitat (or having left voluntarily) to protect themselves from harm and/or to seek a better quality of life. However, for the purpose of this book, environmental refugees are defined as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life.¹²

El-Hinnawi, alongside other authors, especially Jodi Jacobson in 1988, helped popularize the expression, which began to be used in other documents in the area. Jacobson, specifically, would note “unnatural disasters” into the concept, those being the disasters in which normal effects are exacerbated

⁹ Doc. 9791, 16 April 2003, Environment and human rights. Report. Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs. Parliamentary Assembly of the Council of Europe (2003), available at: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10145&lang=EN> (last visited December 16, 2021)

¹⁰ Miller, DeMond S, “Climate refugees and the human cost of global climate change”, *Environmental Justice*, vol. 10, no. 4, August 2017, pp. 89-92, <https://doi.org/10.1089/env.2017.29027.dm>

¹¹ *Idem*.

¹² El-Hinnawi, Essam E., *Environmental Refugees*, Nairobi, United Nations Environment Programme, 1985.

ed by anthropogenic processes, second only to environmental soil degradation in the reasons for climate refugee migration.¹³

Although the expression was not used in it, the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), in 1990, in its First Assessment Report, defined, in a similar way, that “the gravest effects of climate change may be those on human migration”, reinforcing the academy’s concern for the international community.¹⁴

It would, however, be in 1993 that the first alarming numerical estimate on climate migrations appeared, in an article by Norman Myers, stating that a world “affected by greenhouse gases” would know 150 million climate refugees in the 21st century —in “rough calculations”, with the data possible at the time, as the author himself defines in the text.¹⁵ Currently, estimates already fluctuate between 200 million¹⁶ to 1.2 billion by 2050.¹⁷

In 1995, Myers and Kent would bring the most complete definition to date (and perhaps to this day) for the definition of climate refugees, as being:

persons who can no longer gain a secure livelihood in their traditional homelands because of what are primarily environmental factors of unusual scope. These factors include drought, desertification, deforestation, soil erosion and other forms of land degradation; resource deficits such as water shortages; decline of urban habitats through massive over-loading of city-systems; emergent problems such as climate change, especially global warming; and natural disasters such as cyclones, storm surges and floods, also earthquakes, with impacts aggravated by human mismanagement.¹⁸

The International Organization for Migration (IOM) was incorporated to the institutional umbrella of the United Nations in the year 2016, with the

¹³ Jacobson, Jodi L., “Environmental refugees: a yardstick of habitability”, *Bulletin of Science, Technology and Society*, vol. 8, no. 3, 1988.

¹⁴ Piguët, Etienne, “Climate Change and Forced Migration. New Issues in Refugee Research”, UNHCR, Research Paper no. 153, 2008.

¹⁵ Myers, Norman, “Environmental refugees in a globally warmed world”, *Bioscience*, vol. 43, no. 11, 1993, pp. 752-761.

¹⁶ Koser, Khalid, *op. cit.*

¹⁷ Institute for Economics and Peace (IEP). Over one billion people are at threat of being displaced by 2050 due to environmental change, conflict, and civil unrest (2020), available at: <https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2020/09/Ecological-Threat-Register-Press-Release-27.08-FINAL.pdf> (last visited December 27, 2021)

¹⁸ Myers, Norman and Kent, Jennifer, “Environmental Exodus: an Emergent Crisis in the Global Arena”, Washington D.C., Climate Institute, 1995, p. 18.

status of a UN-related organization,¹⁹ differently from the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) which, in addition to having always been part of the UN structure since its foundation, was created with the status of subsidiary body to the General Assembly at first, by Resolution 319 (IV) December 1949, with an initial term of only 3 years.²⁰ UNHCR was only converted into a permanent body at a later time, in December 1950.

IOM also brought to the UN system an institutional definition of climate migrants, without, however, calling them refugees, within the scope of the organization's institutional performance, in the following terms, as their working definition:

Environmental migrants are persons or groups of persons who, for reasons of sudden or progressive changes in the environment that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to have to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their territory or abroad.²¹

Thus, it is important to note that, although climate insecurity is not the primary cause for the emergence of armed conflicts, it may be a secondary cause, due to the consequences caused by climate change, such as hunger, scarcity of resources, droughts and human displacement, especially in situations of sudden disasters: earthquakes and hurricanes (Haiti²² and the Philippines²³); floods (Myanmar²⁴ and Bangladesh²⁵); food insecurity (Eritrea,

¹⁹ International Organization for Migration. IOM becomes related Organization to the UN (2016), available at: <https://www.iom.int/news/iom-becomes-related-organization-un> (last visited December 26, 2021)

²⁰ UN General Assembly, *Refugees and stateless persons*, 3 December 1949, A/RES/319, available at: <https://www.refworld.org/docid/3b00f1ed34.html> (last visited December 26, 2021)

²¹ International Organization for Migration. Definitional Issues – Climate Migrants, available at: <https://www.iom.int/definitional-issues> (last visited December 18, 2021)

²² Cohen, Marc J. and Singh, Bhawan, *Climate change resilience: The case of Haiti*, Oxfam International, 2014.

²³ Yumul Jr, Graciano P. *et al.*, "Extreme weather events and related disasters in the Philippines, 2004–08: a sign of what climate change will mean?", *Disasters*, vol. 35 no. 2, 2011, pp. 362-382.

²⁴ In addition to the climate situation, Myanmar is experiencing a context of political instability. See United Nations High Commissioner for Refugees. Rohingya Emergency, available at: <https://www.unhcr.org/rohingya-emergency.html> (last visited December 20, 2021)

²⁵ United Nations Children's Fund. Climate change threatens lives and futures of over 19

Ethiopia, Somalia, Sudan, Djibouti²⁶); sea level rise (small island States);²⁷ melting of glaciers and mountain ice (Pakistan and India, in the Himalayas).²⁸

Among those mentioned, Haiti and Myanmar are among the most affected by extreme weather events, in the period 1999 to 2018,²⁹ along with Puerto Rico, followed by the Philippines, Pakistan and Vietnam.

The Horn of Africa is invariably mentioned as an example of conflicts related to food insecurity (“*conflict resulting from political and cross-border competition over resources impacted by climate*”)³⁰ —and food insecurity, there, is related to drought, lack of water, desertification, which adds to weakened states,³¹ to serious public health issues such as HIV and malaria outbreaks (the latter caused by the protozoan *p.falciparum*³²), and a rural economy, of small family farmers, marginalized since the colonial period,³³ whose production is directly affected by climate change. The same occurs in the Lake Chad Basin (Chad,

million children in Bangladesh (2019), available at: <https://www.unicef.org/press-releases/climate-change-threatens-lives-and-futures-over-19-million-children-bangladesh> (last visited December 26, 2021)

²⁶ Oxfam International. Ethiopia and the Horn of Africa hunger crisis, available at: <https://www.oxfam.org.au/what-we-do/emergencies/learn-about-current-emergencies/horn-of-africa-drought-and-food-crisis> (last visited December 21, 2021)

²⁷ International Labour Organization. Climate Change and Migration Issues in the Pacific, available at: <https://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/261/Pacific.pdf> (last visited December 26, 2021)

²⁸ World Bank. Glaciers of the Himalayas - World Bank Report (2021), available at: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2021/06/01/to-slow-himalayan-glacier-melt-curbing-air-pollution-is-key> (last visited December 20, 2021)

²⁹ Eckstein, David *et al.*, Global climate risk index 2020. Bonn, Germanwatch (2019), available at: https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020_14.pdf (last visited December 26, 2021)

³⁰ World Food Program. Greater Horn of Africa Climate Risk and Food Security Atlas - Technical Summary, available at: <https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000098939/download/> (last visited December 26, 2021)

³¹ Burgess, Stephen F., “Environment and human security in the Horn of Africa”, *Journal of Human Security*, vol. 4, núm. 2, 2008, pp. 37-61.

³² World Health Organization. World Malaria Report (2020), available at: https://www.who.int/docs/default-source/malaria/world-malaria-reports/9789240015791-double-page-view.pdf?sfvrsn=2c24349d_5 (last visited December 26, 2021)

³³ Thomas, Evan *et al.*, “Reducing drought emergencies in the Horn of Africa”, *Science of The Total Environment*, vol. 727, 2020, <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138772>

Cameroon, Niger and Nigeria), a lake that has lost 90% of its water capacity since 1960,³⁴ in a region dominated by Boko Haram.³⁵

In addition to food insecurity and armed conflicts, climate catastrophes of human origin generate migration flows, in a more visible and direct way, even if individuals do not cross borders, remaining internally displaced —such as the rupture of the Fundão (Mariana) and Córrego do Feijão (Brumadinho) dams, in Minas Gerais, Brazil.³⁶ There are, however, still individuals who will not have this option of remaining internally displaced —those from small island countries such as Tuvalu, Vanuatu and Tonga.

There are, therefore, numerous situations of climate insecurity that create flows of internally displaced persons or climate migrants, without them being satisfactorily included in international law, especially with regard to the growing expectation of expanding the concept of refuge to encompass them —which in no way means that there has been no progress in the legislation in the last 30 years, as the next chapter intends to demonstrate.

III. Framing Climate Migration in International Law

Regarding the progress of international legislation with regard to climate migration, although there is still no definition of who climate refugees are, despite the whole context of climate change, which could give rise to this new thematic construction, the last 30 years have presented substantial changes, in order to gradually include the subject on the agenda of international law.

Since the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), in 1992, the inclusion of concepts such as “dangerous anthropogenic interference with the climate system”, root of the current context

³⁴ United Nations. Drying Lake Chad Basin gives rise to crisis. Food insecurity, conflicts, terrorism, displacement and climate change effects compound challenges (2020), available at: <https://www.un.org/africarenewal/magazine/december-2019-march-2020/drying-lake-chad-basin-gives-rise-crisis> (last visited December 26, 2021)

³⁵ Médecins Sans Frontières. Lago Chade: populações fogem da violência do Boko Haram, available at: <https://www.msf.org.br/noticias/lago-chade-populacoes-fogem-da-violencia-do-boko-haram> (last visited December 26, 2021)

³⁶ Vedovato, Luis Renato, Franzolin, Cláudio José, and Roque, Luana Reis, “Deslocados ambientais: uma análise com base na dignidade da pessoa humana”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 11, 2020, pp. 1654-1680.

of insecurity, allowing “ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner”, in connection with the recognition that “low-lying and other small island countries, countries with low-lying coastal, arid and semiarid areas or areas liable to floods, drought and desertification, and developing countries with fragile mountainous ecosystems are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change”, and also recognizing that “the special difficulties of those countries, especially developing countries, whose economies are particularly dependent on fossil fuel production, use and exportation, as a consequence of action taken on limiting greenhouse gas emissions”.

However, it would only be at COP13,³⁷ in 2007 with the Bali Action Plan, that the issue of environmental displaced persons began to gain greater relevance, when in article 1(c), (III) of the Action Plan, the idea to create “disaster reduction strategies and means to address loss and damage associated with climate change impacts in developing countries that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change” has first appeared as a strategic response.³⁸ The Bali Action Plan also explicitly describes the need for international cooperation by countries,

further taking into account the urgent and immediate needs of developing countries that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change, especially the least developed countries and small island developing States, and further taking into account the needs of countries in Africa affected by drought, desertification, and floods.³⁹

Even so, the COP16, in 2010, in which the adaptation of Cancun to the Framework Convention took place, was the first to consider the need for joint governance of the issue of climate migration, in what we now call mini-

³⁷ Warner, Koko, “Coordinated approaches to large-scale movements of people: Contributions of the Paris Agreement and the Global Compacts for migration and on refugees”, *Population and Environment*, vol. 39, no. 4, 2018, pp. 384-401.

³⁸ United Nations Office for Disaster Risk Reduction. Bali Action Plan (2007), available at: https://www.unisdr.org/files/5526_BaliActionPlanandDRR.pdf (last visited December 26, 2021)

³⁹ United Nations Office for Disaster Risk Reduction. Bali Action Plan (2007), available at: https://www.unisdr.org/files/5526_BaliActionPlanandDRR.pdf (last visited December 26, 2021).

mum standards of “safe migration”.⁴⁰ New strategies would be established at COP18 in Doha, at COP19 in Warsaw, without substantial changes taking place in terms of the definition of climate migration.

However, COP19 creates the Warsaw International Mechanism on Loss and Damage, and in 2015, already under the auspices of COP21, with the Paris Agreement, the big change occurs, precisely because it was included within the International Mechanism of Warsaw a *Task Force on Displacement*,⁴¹ within the obligation of article 8 of the Agreement, to avoid, minimize and address losses and damages associated with the negative effects of climate change, including extreme weather events and slowly evolving events, and the role of sustainable development in reducing the risk of losses and damage.⁴²

The task force⁴³ was initially divided into 4 central axes,⁴⁴ and this systematization of the elements was updated for the period 2019-2021, as a consequence of the progress of the objectives of the first work plan, involving, in the same way, United Nations bodies and groups of experts under the mandate of the United Nations Convention on Climate Change, as well as other

⁴⁰ (f) Measures to enhance understanding, coordination, and cooperation with regard to climate change induced displacement, migration and planned relocation, where appropriate, at the national, regional and international levels; See UN Framework Convention on Climate Change. Cancun Adaptation Framework. Draft Decision, CP.16. Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on long-term Cooperative Action under the Convention, available at: https://unfccc.int/files/meetings/cop_16/application/pdf/cop16_lca.pdf#page=3 (last visited December 20, 2021)

⁴¹ UN Framework Convention on Climate Change. Workplan of the Task Force on Displacement, 2017-2018, available at: https://unfccc.int/sites/default/files/tfd_workplan.pdf (last visited December 26, 2021)

⁴² UN Framework Convention on Climate Change. The Paris Agreement (2015) available at: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (last visited December 26, 2021)

⁴³ UN Framework Convention on Climate Change. Workplan of the Task Force on Displacement, 2017-2018, available at: https://unfccc.int/sites/default/files/tfd_workplan.pdf (last visited December 26, 2021)

⁴⁴ Policies/practices - national/subnational level; Policies – international/regional; Data and evaluation; Framing and linkages. See UN Framework Convention on Climate Change. Workplan of the Task Force on Displacement, 2017-2018, available at: https://unfccc.int/sites/default/files/tfd_workplan.pdf (last visited December 26, 2021)

organizations whose role is relevant to the topic and other specialized bodies, even if external to the UNFCCC.⁴⁵

All efforts to include climate migration in their texts aimed to try to reduce the harmful impacts of climate on forced human displacement, but the climax of this elaboration would occur in 2018, with two extremely important documents for the theme: the Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration⁴⁶ and the Global Compact on Refugees.

This expression, not without reason, was not well received by migration scholars, as the guarantee of protection of migrants only in these contexts - safe, orderly and regular migration - excludes situations of not orderly and irregular migration, truly the greatest element of discussion when it comes to of climate migrations, due to the unpredictability⁴⁷ of its effects, and also because the aspirations of the Compact are too broad and vague,⁴⁸ as shown in objective 7: “address and reduce vulnerabilities in migration”.

However, the Global Compact on Migration also made several important points about environmental displacement, including an entire topic in objective 2, about tackling “natural disasters, adverse effects of climate change and environmental degradation”,⁴⁹ mentioning solutions for human mobility and human safety, with a series of mapping measures, vulnerability analysis and creation of structures at regional and sub-regional levels, precisely to guarantee the safe, orderly and regular migration of all climate migrants.

The use of the term climate refugee has not yet occurred, and there was great expectation for the Global Compact on Refugees,⁵⁰ also from 2018, for the inclusion of the theme, which did not happen. There is only a brief men-

⁴⁵ UN Framework Convention on Climate Change. Task Force on Displacement - Constituted Bodies, available at: <https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/WIMExCom/TFD#eq-5> (last visited December 26, 2021)

⁴⁶ Safe, orderly, and regular migration also appears in the 2030 Agenda of the sustainable development goals, in goal 10.7 of goal 10.

⁴⁷ Koser, Khalid, *op. cit.*

⁴⁸ Newland, Kathleen, “The global compact for safe, orderly and regular migration: An unlikely achievement”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, no. 4, 2018, pp. 657-660.

⁴⁹ United Nations. Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration - Final Draft, 11 July 2018, available at: https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf (last visited December 26, 2021).

⁵⁰ United Nations High Commissioner for Refugees. Global Compact on Refugees (2018), available at: <https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf> (last visited December 26, 2021).

tion about the environment, when dealing with environmental impact assessment in host countries when there are large flows of migrants, in line with the need to strengthen national host capacity, but stating, however, that the climate interacts with the elements that cause refugee flows, although they are not the main motivator.

What can be seen is that there is no connecting element between the two realities in the practice of refugee protection, that of climate migration with protection covered by the principle of *non-refoulement* - *non-refoulement* or non-return, is the principle through which no refugee can be returned to the country where they are persecuted, or their life is at risk. Yet, to date, neither the Framework Convention nor refugee legislation has satisfactorily addressed the issue of climate refugees.⁵¹

And precisely because of their unclear status, climate refugees, as we call them, are the forgotten face of climate change, and it is estimated that, worldwide, more than 20 million people have to leave their homes by disaster each year, according to data from the United Nations High Commissioner for Refugees.⁵²

Many of these migrants, unlike what was initially estimated, come from major world economies, such as the United States, China, and India,⁵³ indicating the geographical unpredictability of the consequences of climate change, on a planet whose atmosphere does not know the political boundaries imposed on humans. Even so, the greatest impacts are in regions of the planet with less economic conditions to react to impacts, which makes the mitigation of consequences even more complex.⁵⁴

Therefore, there is an urgent need to incorporate the human dimension into climate protection, and an important milestone is the Malé Declaration

⁵¹ Nishimura, Lauren, “Climate change migrants’: Impediments to a protection framework and the need to incorporate migration into climate change adaptation strategies”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, no. 1, 2015, pp. 107-134.

⁵² United Nations High Commissioner for Refugees. Climate Change and Disaster Displacement (2020), available at: <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html> (last visited December 26, 2021)

⁵³ World Economic Forum. Climate Refugees - the World’s Forgotten Victims (2021), available at: <https://www.weforum.org/agenda/2021/06/climate-refugees-the-world-s-forgotten-victims> (last visited December 27, 2021)

⁵⁴ Nishimura, Lauren, *op. cit.*

on the Human Dimension of Global Climate Change,⁵⁵ within the scope of the Framework Convention, which states that there are clear and immediate implications of climate effects to the enjoyment of human rights - rights as important as the right to life, the right to food and minimum standards of living.

But the great innovation of the Declaration is the inclusion of emphasis on small island countries, in a text subscribed by themselves, due to the fact that even small climate changes are catastrophic for them, and whose destruction not only of ecosystems, but of their whole territory, may, in the less optimistic perspectives, cause its total disappearance, due to the rise in sea level.

Among the signatories of Malé, in addition to the Maldives, the country of which Malé is the capital, are Tuvalu, Vanuatu, Kiribati and Tonga, and other countries, all members of a group of small developing countries, all with the same characteristic: being islands or coastal areas, the SIDS (Small Island Developing States) .⁵⁶

For the populations of these countries, statelessness is not an estimate, it is a realization of the uncertain future that awaits them, as it is not a situation of simple forced displacement, it is the total disappearance of countries altogether, which should inspire, in the coming decades, impact mitigation mechanisms, especially for these populations – and one of the possible instruments to broaden the scope of current legislation to frame climate refugees, apparently, might be climate litigation.

IV. Climate Litigation and the Legal Gap on Climate Refugees: Inspiration from the Global South

As we have seen, despite the expressive amount of international documents referring to climate change and international environmental law as a whole, there is still a worrying gap regarding climate refugees, and it is not possible to apply the principle of *non-refoulement* while they are considered migrants,

⁵⁵ Center for Environmental Law. Malé Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change (2007), available at: http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf (last visited December 27, 2021)

⁵⁶ United Nations. Sustainable Development Goals: Knowledge - Small Insular Developing States (SIDS), available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids/list> (last visited December 29, 2021)

in a generic way, which leaves them in a condition of deep vulnerability, especially those originating from small island States, tending to disappear.

Precisely because of the potential of imminent damage to communities made vulnerable by climate change, it is necessary to think of a way through which this specific group of migrants—who cannot or do not want to return to their places of origin due to severe climate conditions—can reaffirm their human rights, while broadening the *non-refoulement* protection to their contexts. As shown, legislation is making considerable progress, but this is still an unreached topic, and one of very important proportion, given the rate in which climate change is modifying landscapes.

A possible proposal for the future, in this sense, could be climate litigation, as some leading cases have already been developed around other human rights issues related to climate, although not necessarily for refugees. As an advance in the climate jurisprudence from the Global South can be observed—here, in an epistemological option for analyzing decisions referring to this portion of the planet, the most affected by climate change and, constantly, the most forgotten with regard to intellectual production in this sense—the trend of cooperation between States and organizations of the Global South for the development of the subject grows.⁵⁷

The option to analyze cases from the Global South is also due to the fact that cases from the Global North, instead of being mainly directed to human rights issues, often turn to the need for stricter climate control—a reflection of their own economies and development perspectives. Thus, in the Global North, the severity of climate change itself, as a climate phenomenon, is analyzed in the leading cases, rather than the means of mitigating its consequences on humans, which is more visible in the leading cases from the Global South.⁵⁸

The first case analyzed here will be the *Carbon Majors Petition* from the Philippines, before the country's Human Rights Commission—a paradigmatic case of climate litigation, linking human rights to the damage caused by climate change, a kind of gap filler for issues in which there is still no legal

⁵⁷ Peel, Jacqueline, and Lin, Jolene, “Transnational climate litigation: The contribution of the global south”, *American Journal of International Law*, vol. 113, no. 4, 2019, pp. 679-726.

⁵⁸ Yoshida, Keina and Setzer, Joana, “The trends and challenges of climate change litigation and human rights”, *European Human Rights Law Review*, 2020, pp. 140-152.

coverage.⁵⁹ Even though human rights are not formally associated with environmental law directly, but as a reflection, the consequences of prolonged droughts, above-average floods and other unexpected events can indeed generate serious human rights violations, which can be imputed to polluting States and other actors.

In this case of litigation in the Philippines, in particular, after a series of typhoons in 2016, numerous civil society organizations and a group of Filipino citizens came together to petition against 47 organizations (among them ExxonMobil, Chevron, Shell and BP), on the grounds that they had contributed significantly to climate change with their actions, causing immense damage to the population of the Philippines⁶⁰—attracting international attention to their demand, with the Philippines being the scenario of an average of 20 typhoons per year, a reality likely to get worsened by climate change. The case was held by the Commission on Human Rights, which is not just a symbolic act, but a potential form, to be developed, of punishing future polluters.

The case of the Philippines is important for us to observe that, many times, populations in territories far away from the headquarters of the main polluters will be indiscriminately and unintentionally affected by these actions, and that a collective response needs to emerge. In this sense, it is noted that, although still incipient, the recognition of the relationship between human rights violations and the damage caused by anthropogenic climate change in the world has been affirmed by the United Nations Human Rights Council⁶¹, including conflicts over climate change and, specially, climate migration, when there are no longer conditions to inhabit a certain territory.

Despite the difficulty that can be argued in linking the responsibility of major polluters—whether companies or States—to human rights violations

⁵⁹ Savaresi, Annalisa and Hartmann, Jacques, “Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change: Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry”, in Lin, Jolene and Kysar, Douglas (eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 63-93.

⁶⁰ Savaresi, Annalisa *et al.*, “Why the world is looking to the Philippines for climate justice”, *The Conversation*, February 17, 2018, available at: <https://theconversation.com/why-the-world-is-looking-to-the-philippines-for-climate-justice-91792> (last visited January 25, 2022)

⁶¹ UN Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, 15 January 2009, A/HRC/10/61, available at: <https://www.refworld.org/docid/498811532.html> (last visited January 17, 2022)

caused by climate change, it must be considered that the United Nations Human Rights Council itself, numerous times, affirms in its resolutions that it is possible to carry out this type of connection,⁶² including with “procedural obligations” on the part of States, due to their affiliation to international environmental law documents that guarantee it, as in paragraph 20 of A/HRC/31/52 of 2016, which mentions the duty “to provide access to remedies for harm. These obligations have bases in civil and political rights, but they have been clarified and extended in the environmental context on the basis of the entire range of human rights at risk from environmental harm”.⁶³

This resolution is important for the study of the issue of climate refugees because it also entails, as can be seen, the obligation to ensure the means to remedy damages as a reflection of civil and political rights obligations inside the treaties scope – a possibility of enlargement of conceptual standards, vital for immediate action. In this same direction, UN High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet has recently hailed a landmark recognition of the right to a healthy environment as a human right, in resolution 48/13 of HRC,⁶⁴ to which a special rapporteur has been defined. This could mark the beginning of the legal breach to propose actions in favor of the enlargement of the concept of refugee protection.

Another case that is also interesting for the brief analysis proposed here is the Colombian Youths that, although it was a case seen by the Supreme Court of Colombia, and only against the State of Colombia, 25 children were the petitioners of an action in which they sought to hold accountable the government for the deforestation of the Amazon, which directly affects their rights to a future in which there are enough natural resources to guarantee their survival and long-term well-being.

As the observatory of the Sabin Center for Climate Change Law at Columbia University, according to a report by Professor Jose Felix Pinto Bazurco notes, 6 main measures were required in the children’s petition: a Govern-

⁶² Savaresi, Annalisa *et al.*, *op. cit.*

⁶³ Office of the UN High Commissioner for Human Rights. ‘Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment’ (2016) UN Doc, A/HRC/31/52.

⁶⁴ Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Bachelet hails landmark recognition that having a healthy environment is a human right (2021), available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27635&LangID=E> (last visited January 18, 2022)

ment Action Plan to Reduce Deforestation, an Intergenerational Agreement, Updates to Municipal Land Management Plans, a Moratorium on the Drivers of Deforestation, an investigation into Illicit Drivers of Deforestation, and a National Parks Budget Review.⁶⁵

Thus, it can be seen that there is an interesting diversity of cases, especially among the main countries interested in mitigating the damages of climate change (notably, those that suffer the most), which can serve as a substrate and inspiration for other potential actions to expand the protection of refugees through strategic litigation in the courts – since there is already an obligation for States to protect and accommodate refugees, in the standard definition of the 1951 Convention and its 1967 Protocol.

Furthermore, especially in Latin America, it is legally possible to relate cases of refugees to the climate through a legal mechanism that can serve as an example for other countries in the world: the Cartagena Declaration of 1984. In its text, there is a conceptual expansion of the protection of refugee status in cases of serious and massive violations of human rights, something that, by reflex, can be caused by climate change in cases in which, as we have seen from the cases analyzed, States (or large corporations located in them) fail to provide their populations or populations of other affected States with mechanisms to prevent the advance of disasters or to mitigate their most serious consequences, as famine, livelihood security after droughts, and other circumstances.

In other words, if a State fails to punish those responsible for major environmental damage and prevent it from occurring, and this damage causes substantial changes in the local climate (and global, unfortunately), to the point of making subsistence, livelihoods, housing and food difficult for people, it is indeed possible to link refugee protection to climate protection, without prejudice to any of the legal concepts exposed.

And, finally, perhaps the most emblematic case of climate migration in tribunals and courts from the Global South is case *Ioane Teitiota vs The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand*. Teitiota, a national of Kiribati sought asylum under refugee status

⁶⁵ Columbia Climate School. Colombian Youth sue for Recognition of the Rights of Future Generations. Sabin Center for Climate Change Law, available at: <https://news.climate.columbia.edu/2018/03/21/colombian-youth-lawsuit-climate-rainforest> (last visited January 18, 2022)

⁶⁶ *Ioane Teitiota v. New Zealand* (advance unedited version), CCPR/C/127/D/2728/2016,

for himself and his family in New Zealand when his request was denied and they were deported back to Kiribati. He then filed a complaint to the UN ICCPR⁶⁷ Committee on Human Rights against the deportation, as such move from the government of New Zealand meant a threat to his right to life.

Kiribati, as argued by Mr. Teitiota, and as one of the small island states threatened by the rise in sea level, is directly affected by climate change, which renders life for its inhabitants very complex, due to the environmental conditions, making it impossible to maintain their livelihoods, farming, and access to clean, salt-free water.⁶⁸ An individual complaint, but with landmark perspectives.

As a result, the Committee, though not admitting that refugee status could be sought in such cases, as it did not identify the direct link between the threat to the right to life in this context, as the time span in which Kiribati is going to become inhabitable is that of 10 to 15 years—a considerable time to promote other measures—, meaning it was not an immediate risk, but it did recognize that, with the growing concern around climate change and the possibility that cases as Mr. Teitiota’s would become more frequent, this position could suffer further reviews in the future, thereupon.⁶⁹

V. Conclusions

The fact that climate refugees are not yet under the protection of specific legislation, under the status of refugees, which renders them invisible to most specialized agencies and other forms of enforcing the protection under the *non-refoulement* principle—except for the IOM, but with a broad mandate, for all migrants, not just climate migrants, despite their specificity—, is still a challenge for researchers and practitioners on migration.

UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020, available at: <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html> (last visited January 22, 2022)

⁶⁷ International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR.

⁶⁸ Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Historic UN Human Rights case opens door to climate change asylum claims, available at: <https://www.ohchr.org/EN/News-Events/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25482> (last visited January 22, 2022)

⁶⁹ Ioane Teitiota v. New Zealand (advance unedited version), CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020, available at: <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html> (last visited January 22, 2022)

It also sheds light on the need for efficient governance to deal with the human consequences of advancing climate change, putting climate refugees at the center of the century's main concern: the advance of environmental catastrophes.

The use of the expression “environmental refugee” is recent and dates back to the 1980s, which means that its fresh academic construction has not yet found strength in the international political environment to change the protection legislation in a way of amplifying rights, which is still hampered by the apparent incompatibility between individual refugee status and the collective protection of the environment – something that cannot and should not be the center of the debates.

So far, there are no hypotheses for granting collective refugee status in international legislation, and even under the aegis of the Cartagena Declaration of 1984, in the context of the Inter-American System of Human Rights, it is possible only in very specific context, such as massive and generalized violations of human rights. For most of the recognition processes, it remains on a case-by-case basis, individually, depending on the eligibility analysis by the competent authorities of each nation.

This means that, in a century in which the most optimistic forecast estimates that $\frac{1}{4}$ of a billion human beings will have to move from their places of origin in the midst of environmental catastrophes —among those, countries that could completely vanish— there is still no protection that links the human rights of these populations to the refugee status, which would guarantee them with the right of not being returned to a place in which their lives could be in danger. And for some populations, this is not even an option. It is a necessity, in the face of the destruction of all places they know and love. In which they have developed their livelihoods. In which they have raised their children. In the land in which they expect to finally rest, when the time comes.

Though not all of the case law attempts until the very moment have been successful to promote further protection for climate refugees, it is visible that development on the matter is not only possible, but already happening. In this sense, climate litigation plays a vital role in opening doors to the debate, prompting political and judicial actors to review their positions as the world gradually faces the increasing consequences of climate change.

VI. Bibliography

- ACNUR. Declaración de Cartagena, 1984, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionales/Declaracao_de_Cartagena.pdf
- Burgess, Stephen F., “Environment and human security in the Horn of Africa”, *Journal of Human Security*, vol. 4, núm. 2, 2008, pp. 37-61.
- CETESB, Plano de Ação de Bali, 2007, https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/unfccc_plano_acao_bali.pdf
- CIEL, Malé Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change, 2007, http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf
- COE-PACE, Doc. 9791, 16 April 2003, Environment and human rights. Report. Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10145&lang=EN>
- COHEN, Marc J. and SINGH, Bhawan, *Climate change resilience: The case of Haiti*, Oxfam International, 2014.
- Columbia Climate School, Colombian Youth sue for Recognition of the Rights of Future Generations. Sabin Center for Climate Change Law. <https://news.climate.columbia.edu/2018/03/21/colombian-youth-lawsuit-climate-rainforest/>
- ECKSTEIN, David *et al.*, *Global climate risk index 2020*, Bonn, Germanwatch, 2019, https://germanwatch.org/sites/default/files/20-2-01e%20Global%20Climate%20Risk%20Index%202020_14.pdf
- EL-HINNAWI, Essam E., *Environmental Refugees*, Nairobi, United Nations Environment Programme, 1985.
- FEM - Fórum Econômico Mundial. Climate Refugees - the World's Forgotten Victims, <https://www.weforum.org/agenda/2021/06/climate-refugees-the-world-s-forgotten-victims/>.
- ILO, Climate Change and Migration Issues in the Pacific, <https://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/261/Pacific.pdf>
- IOM, Definitional Issues - Climate Migrants, <https://www.iom.int/definitional-issues>
- Jacobson, Jodi L., “Environmental refugees: a yardstick of habitability”, *Bulletin of Science, Technology and Society*, vol. 8, no. 3, 1988.

- KOSER, Khalid, “Why migration matters”, *Current History*, vol. 108, no. 717, April 2009, pp. 147-153.
- MILLER, DeMond S, “Climate refugees and the human cost of global climate change”, *Environmental Justice*, vol. 10, no. 4, August 2017, pp. 89-92, <https://doi.org/10.1089/env.2017.29027.dm>
- MSF - Médicos sem Fronteiras, Lago Chade: populações fogem da violência do Boko Haram, <https://www.msf.org.br/noticias/lago-chade-populacoes-fogem-da-violencia-do-boko-haram>
- MYERS, Norman and Kent, Jennifer, *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*, Washington D.C., Climate Institute, 1995.
- MYERS, Norman, “Environmental refugees in a globally warmed world”, *Bio-science*, vol. 43, no. 11, 1993, pp. 752-761.
- NEWLAND, Kathleen, “The global compact for safe, orderly and regular migration: An unlikely achievement”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 30, no. 4, 2018, pp. 657-660.
- NISHIMURA, Lauren, “Climate change migrants’: Impediments to a protection framework and the need to incorporate migration into climate change adaptation strategies”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, no. 1, 2015, pp. 107-134.
- OHCHR, Bachelet hails landmark recognition that having a healthy environment is a human right, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27635&LangID=>
- OHCHR, Ioane Teitiota v. New Zealand (advance unedited version), CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020, <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html>
- OHCHR, Historic UN Human Rights case opens door to climate change asylum claims, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25482>
- OHCHR, UN Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, 15 January 2009, A/HRC/10/61, <https://www.refworld.org/docid/498811532.html>
- IOM, IOM becomes related Organization to the UN, <https://www.iom.int/news/iom-becomes-related-organization-un>.
- ONU, Drying Lake Chad Basin gives rise to crisis. Food insecurity, conflicts, terrorism, displacement and climate change effects com-

- pound challenges, <https://www.un.org/africarenewal/magazine/december-2019-march-2020/drying-lake-chad-basin-gives-rise-crisis>
- ONU, Global Compact for Migration - Final Draft, 11 July 2018, https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf.
- Oxfam, Ethiopia and the Horn of Africa hunger crisis, <https://www.oxfam.org.au/what-we-do/emergencies/learn-about-current-emergencies/horn-of-africa-drought-and-food-crisis/>
- PEEL, Jacqueline and LIN, Jolene, “Transnational climate litigation: The contribution of the global south”, *American Journal of International Law*, vol. 113, no. 4, 2019, pp. 679-726.
- PIGUET, Etienne, “Climate Change and Forced Migration. New Issues in Refugee Research”, UNHCR, Research Paper no. 153, 2008.
- SAVARESI, Annalisa; Cismas, Ioana; Hartmann, Jacques, “Why the world is looking to the Philippines for climate justice”, *The Conversation*, 2018.
- SAVARESI, Annalisa and Hartmann, Jacques, “Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change: Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry”, in LIN, Jolene and KYSAR, Douglas (eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 73-93.
- THOMAS, Evan et al., “Reducing drought emergencies in the Horn of Africa”, *Science of The Total Environment*, vol. 727, 2020, <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138772>
- UN General Assembly, *Refugees and stateless persons*, 3 December 1949, A/RES/319, <https://www.refworld.org/docid/3b00f1ed34.htm>
- UNFCCC, Paris Agreement, 2015, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf
- UNFCCC, Cancun Adaptation Framework, Draft Decision, CP.16, Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on long-term Cooperative Action under the Convention, https://unfccc.int/files/meetings/cop_16/application/pdf/cop16_lca.pdf#page=3
- UNFCCC, Task Force on Displacement - Constituted Bodies, <https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/WIMExCom/TFD#eq-5>
- UNFCCC, Workplan of the Task Force on Displacement, 2017-2018, https://unfccc.int/sites/default/files/tfd_workplan.pdf
- UNHCR, Climate Change and Disaster Displacement, <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>

- UNHCR, Global Compact on Refugees, <https://www.unhcr.org/5c658aed4.pdf>
- UNHRC, “Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment”, 2016, UN Doc, A/HRC/31/52
- UNHCR, Rohingya Emergency, <https://www.unhcr.org/rohingya-emergency.html>
- UNICEF, Climate change threatens lives and futures of over 19 million children in Bangladesh, 2019, <https://www.unicef.org/press-releases/climate-change-threatens-lives-and-futures-over-19-million-children-bangladesh>
- VEDOVATO, Luis Renato, Franzolin, Cláudio José, and Roque, Luana Reis, “Deslocados ambientais: uma análise com base na dignidade da pessoa humana”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 11, 2020, pp. 1654-1680
- WARNER, Koko, “Coordinated approaches to large-scale movements of people: Contributions of the Paris Agreement and the Global Compacts for migration and on refugees”, *Population and Environment*, vol. 39, no. 4, 2018.
- WFP, Greater Horn of Africa Climate Risk and Food Security Atlas - Technical Summary, <https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000098939/download/>
- WHO, World Malaria Report, 2020, https://www.who.int/docs/default-source/malaria/world-malaria-reports/9789240015791-double-page-view.pdf?sfvrsn=2c24349d_5
- World Bank, Glaciers of the Himalayas - World Bank Report, 2021, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2021/06/01/to-slow-himalayan-glacier-melt-curbing-air-pollution-is-key>
- YOSHIDA, Keina and SETZER, Joana, “The trends and challenges of climate change litigation and human rights”, *European Human Rights Law Review*, 2020.
- YUMUL, Graciano P. *et al.*, “Extreme weather events and related disasters in the Philippines, 2004–08: a sign of what climate change will mean?”, *Disasters*, vol. 35, no. 2, 2011.

Assumptions for a Decolonial International Law: A manifesto

Supuestos para un derecho internacional decolonial: un manifiesto

Hypotheses pour un droit international decolonial: un manifeste

Tatiana Cardoso Squeff

 <https://orcid.org/0000-0001-9912-9047>

Federal University of Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. Brasil

E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

Gabriel Pedro Damasceno

 <https://orcid.org/0000-0002-7742-3891>

Universidade Estadual de Montes Claros, Minas Gerais. Brasil

E-mail: gpmdamasceno@gmail.com

Recepción: 4 de diciembre de 2022

Aceptación: 22 de julio de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17563>

Abstract: Based on the recognition that International (modern) Law is a tool that allows for the construction of coloniality and the maintenance of the abyssal line, this text aims to conduct a transversal dialogue that enables a new understanding of the International Law, presenting it, alternatively, as a tool of social regulation that allows breaking with the exclusions and inequalities. For that, we propose a dialogue between decolonial authors, TWAILers and counter-hegemonic critics, enabling an epistemological encounter to think about alternatives to the Eurocentric rationality of International Law from another *locus*: the Latin American, therefore presenting the assumptions to consider a decolonial International Law.

Keywords: Decolonial theories, Transversion, International Law, TWAIL.

Resumen: Partiendo del reconocimiento de que el Derecho Internacional (moderno) es una herramienta que permite la construcción de la colonialidad y el mantenimiento de la línea abismal, este texto pretende realizar un diálogo transversal que posibilite una nueva comprensión del Derecho Internacional, presentándolo, alternativamente, como una herramienta de regulación social que permita romper con las exclusiones y desigualdades. Para ello, proponemos un diálogo entre autores decoloniales, TWAILers y críticos contrahegemónicos, posibilitando un encuentro epistemológico para pensar alternativas a la racionalidad eurocéntrica del derecho internacional desde otro locus: el latinoamericano, presentando así los presupuestos para considerar una derecho internacional decolonial.

Palabras-clave: teorías decoloniales, transversión, derecho internacional, TWAIL.

Résumé: Partant de la reconnaissance que le droit international (moderne) est un outil qui permet la construction de la colonialité et le maintien de la ligne abyssale, ce texte vise à mener un dialogue transversal qui permet une nouvelle compréhension du droit international, en le présentant, alternativement, comme un outil de régulation sociale qui permet de rompre avec les exclusions et les inégalités. Pour cela, nous proposons un dialogue entre auteurs décoloniaux, TWAILers et critiques contre-hégémoniques, permettant une rencontre épistémologique pour penser des alternatives à la rationalité eurocentrique du Droit International à partir d'un autre locus: l'Amérique latine, présentant ainsi les hypothèses pour envisager un Droit Internationale Décoloniale.

Mots-clés: Théories décoloniales, Transversion, Droit internationale, TWAIL.

Summary: I. *Introduction*. II. *The World-System as a Legitimizing Model of Exclusion*. III. *Coloniality in International Law as a Support for Abyssal Exclusions*. IV. *Conclusion*. V. *Bibliography*.

I. Introduction

Classical International Law alludes to the liberal policies of modernity, considered as an exclusively European phenomenon developed at the time Europe affirmed itself as the “center” of World History, relegating the rest of the world to (its) periphery. This idea is called by Dussel¹ the “Myth of Modernity”, which, according to Anghie², has justified violence and reaffirmed the Eurocentric hegemonic discourse of International Law, allowing the emer-

¹ Dussel, Enrique, *1492 - O encobrimento do outro: A origem do mito da modernidade*, tr. Jaime A. Clasen, Petrópolis, Vozes, 1993.

² Anghie, Antony, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

gence and conservation of inequality, as well as refusing the participation of the Global South in the very construction of this branch of Law.

As pointed out by Maldonado-Torres, Western Modernity is treated as a characteristic that is exclusive of European Society, Western Modernity is often regarded as an exclusive trait of European society, marking a distinction from the rest of the world in terms of cultural, political, and economic considerations.³ Therefore, it would be decisive to characterize the non-European as wild, primitive and less civilized. It is true that Europe was only built as modern due to the “discovery” of the Americas and from the conquest and exploitation of the New World⁴. So, coloniality is obscured by the discourse of Modernity.⁵

Latin America is therefore the place where the coloniality of power emerged, acquiring substance and form.⁶ Its social classification system is based on the idea of race, of “conquerors” over “conquered” and its structural base is linked to modernity and Eurocentric capitalism⁷. The persistence of the aegis of the colonial matrix of power in contemporaneity demonstrates that, although colonialism has practically come to an end, coloniality marks the asymmetrical relations of contemporary power relations.⁸

³ Maldonado-Torres, Nelson, “Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas”, in Bernardino-Costa, Joaze *et al.* (eds.), *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*, Belo Horizonte, Autêntica, 2020.

⁴ *Idem.*

⁵ Mignolo, Walter, *Histórias locais-projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2020.

⁶ It does exclude United States and Canada because this countries, despite the fact they were also colonized by Europeans, now compose what we understand as the Global North, taking part in the control of other peoples through norms and actions that disregard their interests, solely looking at their own. For examples of these countries’ participation in the exploration of the Global South, see Bragato, Fernanda Frizzo and Silveira Filho, Alex Sandro, “The colonial limits of transnational corporations accountability for Human Rights Violations”, *ThirdWorld Approaches to International Law Review*, vol. 2, 2021, pp. 34-58.

⁷ Walsh, Catherine E., “The Decolonial For Resurgences, Shifts, and Movements”, in Walsh, Catherine E. and Mignolo, Walter (eds.), *On decoloniality: Concepts, analytics, praxis*, Durham, Duke University Press, 2018.

⁸ Bragato, Fernanda Frizzo, “Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade”, *Quaestio Iuris*, vol. 9, no. 4, 2016, pp. 1806-1823, <http://doi.org/10.12957/rqi.2016.21291>

In this context, International Law, as inferred from the dialogue conducted by Maldonado-Torres⁹ with Bowden¹⁰, was a colonial tool used in three main biases: (A) to reaffirm the absence of sovereignty and, therefore, of civilization in the New World; (b) to legitimize the European civilizational project, distinguishing the European from being-of-the-colony and; (C) to legitimize, also, the conquest and exploitation of the dominated territories.

The realization that International Law is a product of modernity is what enables us to understand why Tourme-Jouannet¹¹ regards it as a cultural product of Western/European thought, which aims to govern an heterogeneous international society, characterized by the unequal way of distribution of resources between states and populations and by the disparity between individuals in terms of wealth, liberties and well-being. (Modern) International Law is then conceptualized as an instrument of international politics, a set of rules, discourses and techniques that [certain] international subjects and actors use to regulate [international] relations and achieve certain social purposes¹², which do not contemplate the interests of the international community as a whole, but only of a few influential and powerful voices, which are geographically situated in the North.¹³

Thus, it is recognized that modern International Law is indeed a colonial tool that is used to control the international order as per the interests of the Global North, being this its common function. However, our hypothesis is that this is a problem that must be circumvented, and that International Law can offer *other* perspectives too. Hence, this text aims to conduct a transversal dialogue that allows the understanding of International Law as a tool of social regulation that breaks with the exclusions and inequalities generated

⁹ Maldonado-Torres, Nelson, “Analítica da colonialidade...”, *cit.*

¹⁰ Bowden, Brett, *The empire of civilization: the evolution of an imperial idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

¹¹ Tourme-Jouannet, Emmanuelle, *Le Droit International*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

¹² *Idem.*

¹³ Okafor states that the traditional international normative system implies keeping the *status quo* and, therefore, it tends to disqualify and silence any alternatives that escape from this epistemological perspective. Okafor, Obiora Chinedu, “Newness, imperialism and international legal reform in our time: a TMAIL perspective”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, num. 1, 2005, pp. 171-191, <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol43/iss1/7/> (accessed 30 march 2022).

and kept by coloniality, thus allowing other normative prescriptions to arise, especially those coming from the Global South. In other words, our objective is to point out that *decolonial* international law has the function to opening up International Law in the sense of including other visions--that were until a not-so-distant past being silenced--through a transversal dialogue.

Feitosa understands transversal dialogue to be a strategy aimed at abandoning hierarchical structures and promoting knowledge hybridized by differences¹⁴. The idea of a transversal dialogue should not be confused with a mere inversion, since it is not a mere reaction or a reversal of the poles, which would transform the dominant into dominated and the dominated into dominant, but rather allows a mutual crossing of ideas, abandoning hierarchies and priorities. It is, therefore, through the transversality generated by a genuine intercultural dialogue that a decolonial international law may emerge, capable of breaking with the social hierarchy maintained simultaneously by coloniality and imperialism; both of which promote, within the international legal system, inequalities, exclusions and injustice.

A decolonial international law can, in addition to a critical discourse¹⁵, serve as an act of epistemic qualification capable of challenging hegemonic knowledge, affirm the existence of the Global South, bringing to dialogue--or to the border, as Mignolo¹⁶ would say--knowledge, stories and rationalities made invisible by the logic of modern Eurocentric coloniality. This train of thought evidences the colonial logic of Modernity and exposes the dialectic of power and exclusion, understanding the dynamics of the international law built under such auspices, since it is essential when looking for alternatives to what is today exclusionary and exclusive.

That is so because decolonial International Law does not intend to be seen as a finished and taxing project, but rather an *option* that is in constant transformation precisely as it nourishes from historical and cultural experienc-

¹⁴ Feitosa, Charles, "Transverter as culturas", *O povo*, 2014. <https://www20.opovo.com.br/app/colunas/filosofiapop/2014/07/14/noticiasfilosofiapop,3281249/transverter-as-culturas.shtml> (accessed 30 march 2022).

¹⁵ The critical theory, as a pedagogical tool, promotes awareness of the processes that form a reality and allows us to reflect on alternative paths of society, that are nonlinear, repressive or alienated, and therefore emancipatory. Wolkmer, Antônio Carlos, *Introdução ao Pensamento Crítico*, 6^a ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

¹⁶ Mignolo, Walter, *op. cit.*

es¹⁷ which introduce changes in the international legal system that match the desires and realities of the South. Thus, considering that the first step for this to occur is, according to the *Third World Approaches to International Law* (TWAIL)¹⁸, to expose the attributes of the international legal system that helped create or maintain the unjust, unreasonable and unjust global order¹⁹, and by adopting a descriptive and explanatory perspective, this study will first focus on the formation of the world-system and on the way this model contributed to the formation of modern international law, leading to a discussion about abysmal exclusions and their impact on the formation of a delegitimized legal order.

This text brings to the discussion authors such as Wallerstein and Dussel as well as others within a decolonial perspective-- Anghie, Chimni, Mutua, Pajuha from TWAIL-- and Boaventura De Sousa Santos abyssal thought as a counter-hegemonic scholar. After all, it is through the encounter between TWAIL and decolonial theories that we can find alternatives to the Eurocentric rationality of International Law from another epistemic *locus*, specifically the Latin American one, which is not commonly explored in theoretical approaches.

¹⁷ Santos, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 8ª ed., São Paulo, Cortez, 2011.

¹⁸ It is not intended to generalize TWAIL with this statement. It is known that these approaches are plural, and include authors from different regions and different legal backgrounds, as alluded by Ramina and Galindo (2013). In fact, there is no consensus on whether TWAIL is a theory, a method or a movement. Despite this, it is worth mentioning that its authors have common assumptions, in particular, the European contribution to the formation of an imperial international law, which is not plural in its essence, dominating and silencing authors from the South. In fact, the divergence is in their objectives, whether they just note and question this past (TWAIL I), or list their consequences for sustaining vulnerabilities in the South (TWAIL II). Finally, it should be noted that this very division is questionable, as Galindo (2022) alludes to. Ramina, Larissa, "Framing the concept of TWAIL: 'Third World Approaches to International Law'", *Revista Justiça do Direito*, vol. 32, num. 1, 2018, pp. 5-26, doi.org/10.5335/rjd.v32i1.8087; Galindo, George Rodrigo Bandeira, "Dividindo as TWAIL?" in Cardoso, Tatiana Squeff & Damasceno, Gabriel Pedro Moreira (eds.), *Direito Internacional Crítico*, Belo Horizonte, Arraes, 2022; Galindo, George Rodrigo Bandeira, "A volta do terceiro mundo ao direito internacional", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 1, num. 119-124, 2013, pp. 46-68, <https://silo.tips/download/a-volta-do-terceiro-mundo-ao-direito-internacional> (accessed 30 march 2022).

¹⁹ Okafor, Obiora Chinedu. *op. cit.*, p. 176.

II. The World-System as a Legitimizing Model of Exclusion

From Wallerstein's point of view, it is possible to carry out very important theoretical insights for the structuring of a decolonial international law, especially regarding the conceptualization and characterization of the world-system where modern international law was conceived, pretending to assert its precedence. In this case, such architecture was notably based on the participation of Latin America as a fundamental piece for the development of the modern world-system.

By world-system, according to Wallerstein²⁰, it is understood that there is a social system that has limits, structures, associated groups, and rules of legitimacy and coherence. For the author, the system's life is made of the forces in conflict that hold it together by tension and tear it to the extent that each of the groups eternally seek to reshape him to his advantage²¹. As it will be shown in the course of this topic, one of the points that Wallerstein²² presents is that, despite the changes that have occurred in the system, some characteristics remain stable, such as the search for centrality to use it as best suited. It has always been played--to a greater or a lesser extent--by the Europeans, which launched themselves as the central point of the world-system when they arrived in the Americas in 1492--in the moment of the "birth" of modernity.²³

Moreover, Wallerstein's²⁴ idea of a world-system is based on four moments of the modern age: the first one limited to Europe (1450-1640); the second one, of its consolidation (1640-1815); the third, considered the moment of expansion, when there is a conversion of the world-economy into a global enterprise that makes possible the technological transformation of modern industrialism (1815-1917); and a fourth moment of consolidation of modern

²⁰ Wallerstein, Immanuel, *O sistema mundial moderno*, tr. Carlos Leite *et al.*, Porto, Afrontamento, 1974, vol. I.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Dussel, Enrique, *1492...*, *cit.*; Dussel, Enrique, "Beyond Eurocentrism: The world-system and the limits of modernity", Jameson, Fredric & Miyoshi, Masao (eds.), *The cultures of globalization*, Durham, Duke University Press, 1988, pp. 3-31; Dussel, Enrique, "Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação", *Sociedade e Estado*, vol. 31, num. 1, 2016, pp. 51-73, <https://doi.org/10.1590/S0102-69922016000100004>

²⁴ Wallerstein, Immanuel, *O sistema mundial moderno...*, *cit.*

capitalist world-economy since 1917, that comprehends the Revolutionary tensions caused by this consolidation.

Wallerstein²⁵ states that in the period between the end of the fifteenth century and the beginning of the sixteenth century a European world-economy emerged. This new formation differed from the old empires (understood as a political unit), although it had similar characteristics: “it was not an empire, but, nevertheless, it was as extensive as a great empire and shared some of its characteristics”²⁶. The new kind of social system was an economic entity, not a political one, unlike empires, city-states and nation-states. Wallerstein,²⁷ however, warns that it contained precisely within its limits (it is difficult to say borders) rising empires, city-states and nation-states.

It was thus a world-system not because it included the participation of all, but because it was broader than any legally defined political unit.²⁸ It was a world-economy on account of the basic connections between the parts of the system being made through economic links, although they were reinforced to some extent by cultural ties and eventually by political arrangements and even Confederate structures, in such a way that, in the sixteenth century, the European world-economy could already be understood as based on a capitalist mode of production. For Wallerstein,²⁹ the establishment of a capitalist world-economy would contemplate three essential pillars: an expansion with a geographical dimension of the world; the development of differentiated methods of labor control for different products and different areas of the world-economy; and the creation of relatively strong taxation apparatuses of domination in the central entities--and these characteristics are fulfilled in/by Europe.

Moreover by 1650 the basic structures of capitalism as a viable social system had already been consolidated³⁰. This is not only because there were rules that supported this model, but they were also imposed on everyone. As much as Wallerstein³¹ argues that the emergence of the states as sovereign entities is a myth in that no political entity could be autonomous, but are part of an inter-

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.* See p. 25.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Wallerstein, Immanuel, *Capitalismo histórico e civilização capitalista*, tr. Renato Aguilar, Rio de Janeiro, Contraponto, 2001.

³¹ *Idem.*

state system, this system corresponded to a set of rules within which states had to operate, and a set of legitimations without which they could not survive.³²

The rules of this system, therefore, were not defined by consent or consensus, and depended only on the willingness and the capacity of the strongest states to impose them. Despite this, no state (as a political system), in an isolated way, could succeed in conquering all the others, thus transforming itself into a world-empire,³³ since this would meet the interests of capital. These are fundamentally opposed to a transformation, having in their favor the possibility of thwarting the designs of their own state apparatuses through alliances with other state apparatuses, thus balancing the power in the *core* of the system.³⁴ The margins,³⁵ which also form the world-system where the

³² *Idem.*

³³ It is important to note that, as much as Wallerstein rejects the idea of a world-empire (common political system), he does not dismiss the idea of a hegemonic power, precisely because this would be a systemic imposition so that unity does not degrade into a world empire. Thus, the hegemonic power is the one that is distinguished by prominence (command, leadership and influence) in this space, even if it cannot fully control it, due to the particularity of the world-system: it is uncontrollable by a single imperial power within the framework of capitalism. Although hegemonic power is the promoter and guarantor of order, it is immersed in a highly competitive [economic] dynamic among states, the interstate system, composed of sovereign political entities. This gear is not closed, and there may be mutations, among the various layers of the international division, which configures between center, semi-periphery and periphery. Osorio, Luiz Felipe B., "Wallerstein, Arrighi e Amin: O Imperialismo no Capitalismo Fordista", *Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, vol. 9, num. 18, 2020, pp. 66-86, at 74. <https://www.seer.ufrgs.br/austral/article/viewFile/95494/60231> (accessed 30 march 2022).

³⁴ Wallerstein, Immanuel, *Capitalismo histórico...*, cit.

³⁵ Intermediate and peripheral countries would be in the margins. Those are countries [that] make the system more politically stable due to the fact that they are both exploitative and exploited. Part of the surplus produced in these middle strata is appropriate in the center, but the semi-periphery also appropriates part of the surplus produced by the last structural position of the world-system. However, [the] periphery presents a capitalist dynamic, driven mainly by the dynamics that come from the accumulation of the center. The dynamic impulses along several systemic cycles of accumulation led to the formation of enslaved societies in *Latin America* [emphasis added] (...), mainly to meet the needs of accumulation arising from the center. Grazziotin, Henrique de Abreu, "O processo histórico de formação do sistema-mundo capitalista e sua dinâmica: uma interpretação baseada em Braudel, Marx, Arrighi e Wallerstein", *Economia Ensaios*, vol. 34, num. 1, 2019, pp. 5-34, at 31. <https://doi.org/10.14393/REE-v34n1a2019-40899>

world-economy is projected, served to supply the hegemonic power through the appropriation of its surplus and guarantee its stability.³⁶

From the nineteenth century, the liberals heralded a new era of dominant ideology of the long-standing capitalist world economy, which possessed a great belief in the idea of progress, allowing to ignore and discard the negative consequences of capitalism, based on the idea that its benefits³⁷ (in particular, industrial and technological) overcame losses³⁸. International law has been proven to be an instrument for the realization of this project by the European elites, articulating rules and developing uniform global standards to

³⁶ This stability is maintained, first of all, [because] there is a tendency of concentration of military power in the states of the center, either by technological development or by the exploitation of the periphery that weakens its state machine. The State on the periphery is weaker, according to Wallerstein, because it is less likely to have a coalition of classes to dispute hegemonic power and due to the coercion exerted by external interventions, either in war terms or through the diplomacy of states of the center. Furthermore, the existence of a middle stratum, the semi-periphery, ensures that there is no unified opposition to the center, politically stabilizing the system and oscillating between alliances and disputes with the central power. *Idem*. See also Wallerstein, Immanuel, “The Rise and Future Demise of World-Systems Analysis”, *91st Annual Meeting of the American Sociological Association*, New York, 1996, https://enseignement.typpad.fr/printemps08/files/wallerstein_rise_and_future_demise_of_worldsystems_analysis_1997.pdf. Accessed 30 March 2022. And: Wallerstein, Immanuel, *The essential Wallerstein*, New York, The New Press, 2000.

³⁷ At this point, it is important to stress that Wallerstein does not deny that capitalism has brought a number of benefits to society, such as the progress in scientific and technological development (in spite of the lost knowledge due to the ideology of European universalism); the increase in the mechanical reach of humanity, which increases production (although he does not state whether this implies a reduction or an increase in the total energy applied to each individual—or to all, collectively—in time or over the course of life as a whole); a greater material comfort (in spite of the growing concerns about the definition of “quality of life”, on the other hand, with the recent concern with the anomie, alienation, and mental illnesses); and the massive growth of the human security against damages arising from the endemic hazards and erratic violence (that the author’s claims it may seem to be unquestionable on a micro level, in spite of the newly discovered dangers of the urban life —, but a questionable security at a macro level, due to the danger of a nuclear war — and we’ve added the incapacity of some States facing the COVID-19 pandemic, opting to defend the ideals of the liberals and the progress, over the lost lives, as it is the case of Brazil).

³⁸ Wallerstein, Immanuel, *Capitalismo histórico...*, *cit*.

facilitate the mobility and functioning of transnational capital,³⁹ which was especially sedimented with the end of the Soviet Revolution.⁴⁰

According to Wallerstein,⁴¹ a central ideological theme of the capitalist world-economy was that all states could, and would eventually, achieve a high level of national income from conscious and rational action, since this would be inevitable progress. Otherwise, after the end of the World War I⁴², the “white settlers” were the countries of Western Europe, that reached such development, eventually reinforcing the bifurcation of the world between center and periphery through a single [international] division of labor between the multiple cultural systems⁴³, in which some eventually served others. And the identification of the roles to be played, for example, would not only come from the technological structure or even from the profit margins of specific products, but rather from the observation of wage patterns⁴⁴, which

³⁹ Chimni, Bhupinder S., “Third world approaches to International Law: a manifesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, num. 1, 2006, pp. 3-27, <https://doi.org/10.1163/187197306779173220>

⁴⁰ Wallerstein is skeptical about the support of the capitalist world-economy in the way he thought of since the 1970s, when he would have broken the liberal illusion that governs the world-system. According to the author, capitalism has reached the end of the line and can no longer survive as a system. The structural crisis that we are going through [in the 21st century] started a long time ago. According to [him], around the 1970s – and it will still last another twenty, thirty or forty years. It is not a one-year, or short-lived crisis: it is the great collapse of a system. We are in a moment of transition. In fact, in the political struggle going on in the world —which most people refuse to acknowledge— it is not a question of whether capitalism will survive or not, but what will follow it. And of course: there may be two extremely different points of view about what should take the place of capitalism. Wallerstein, Immanuel, “Homenagem a Immanuel Wallerstein: ‘O tempo em que podemos mudar o mundo’”, Interview by Sophie Shevarnadze, *Brasil de Fato*, 1 de Setembro de 2019, <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/01/o-tempo-em-que-podemos-mudar-o-mundo> (accessed 30 march 2022).

⁴¹ Wallerstein, Immanuel, “The Concept of National Development 1917-1989”, *American Behavioral Scientist*, vol. 35, 1992, pp. 517-529; at 4-5, <https://doi.org/10.1177/02F000276429203500409>

⁴² World War I marked the triumph of liberal ideology, at the European and North American core of the world system. But it also marked the point at which the political division between the center and the periphery became evident. Wallerstein, Immanuel, “O fim de que modernidade?”, *Estudos de Sociologia*, vol. 2, num. 3, 1997, pp. 1-8, <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/651> (accessed 30 march 2022).

⁴³ Wallerstein, Immanuel. *The essential...*, cit.

⁴⁴ Lima, Pedro Garrido C., “Posicionamento no sistema mundial e semiperiferia”, *Textos de*

sharpened the difference between center and periphery from the perspective of the one who plays a central role in the economy: the worker.

That is why Wallerstein⁴⁵ suggests that the capitalist world economy has developed an ideological structure of oppressive humiliation that has never existed before in relation to the individual himself. From the first moment of Modern Age, there was in the Americas a vast destruction of the indigenous populations and an abundant importation of labor, making it go through a process of peripheralization in this system⁴⁶. What happened in the Americas, however, became the standard, a model for the world, intertwining four fundamental characteristics —coloniality, ethnicity, racism and the very concept of novelty—.

According to Quijano and Wallerstein⁴⁷ coloniality began from the creation of a set of states gathered in an interstate system of hierarchical levels, where those located at the bottom —on the periphery— were transformed into colonies. The authors emphasize that this situation, however, is only one of its dimensions, since ever after the end of the formal *status* of colony, coloniality persisted in the social and cultural hierarchies between the European (civilized) and the non-European (uncivilized; barbarian).

Coloniality refers to an essential element in the integration of the interstate system, creating not only a ladder, but also setting the rules for the interaction of States with each other⁴⁸. The hierarchy, in this context, has been reproduced over the years and although there was the possibility for some States to ascend in the hierarchical classification, a change in its order would not alter the continuous existence of the very idea of categories.⁴⁹

Quijano and Wallerstein⁵⁰ point out that it was the form of States —mainly the States of the Americas, that produced the conditions of coloniality, en-

Economia, vol. 10, num. 2, 2007, pp. 58-85, <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/1851/1614>. Accessed 30 march 2022.

⁴⁵ Wallerstein, Immanuel, *Capitalismo histórico...*, cit.

⁴⁶ Quijano, Aníbal & Wallerstein, Immanuel, “Elementos del desarrollo, la Americanidad como concepto o América en el moderno sistema mundial”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, vol. 44, num. 4, 1992, pp. 549-557, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000092840_spa (accessed 30 march 2022).

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

abling the emergence of ethnicity as a constituent element of the modern capitalist world system. Ethnicity is considered by the authors as the set of community boundaries that others put partly on us and partly we impose on ourselves, as a way of defining our identity and our position with the State. The authors claim that ethnicities are contemporary constructions implying, despite constant changes, all the general categories into which, today the world is divided —Native Americans or “indians”, “blacks”, “whites” or “Creoles”/Europeans, “mestizos”⁵¹— did not exist before the modern world system. They became the cultural matrix of the entire world system —ethnicity became an inevitable cultural consequence of coloniality—. ⁵²

Within the historical evolution of the modern world system, however, ethnicity was not enough to maintain the new structures generated from the end of formal colonial rule and the abolition of slavery, so ethnicity was reinforced by a conscious and systematic racism.⁵³ From the 19th century onwards, racism acquired a theorized and explicit guise, culturally sustaining an economic hierarchy, the consequence of which was to elevate some (European) States to the category of First World and their inhabitants to a higher level, as seen until the present day. This is what Quijano expresses:

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

The great program of liberalism was not to transform nations into a State, but to create nations out of States, which means that the strategy was to take those who were located on the borders of a State —initially the “subjects” of a sovereign king, and then the sovereign “people”— and transform them into citizens who identified with their own State. [...] However, one last crucial element in the task of creating a national identity should not be lost sight of: *racism, which unifies the race considered superior. Racism unifies that race within the State at the expense of some minorities excluded—in whole or in part—from their citizenship rights, and unifies the nation* (emphasis added); Wallerstein, Immanuel, “O fim de que...”, *cit.*, pp. 4-5.

In all previous historical systems, xenophobia had a basic behavioral consequence: the expulsion of the “barbarian” from the physical space of the community, society, the group that shared interests and attitudes, death being the extreme version of this expulsion. Whenever we physically expel the other, we gain the “purity” of the environment that we are likely to seek, but it is inevitable, at the same time, to lose something. We lose the workforce of the expelled person and, therefore, his contribution to the creation of a surplus that we could appropriate several times. This represents a loss for any historical system, but it is particularly significant in the case of a system whose structure and logic are built around the continuous accumulation of capital. Wallerstein, Immanuel & Balibar, Étienne, *Raça, nação, classe: as identidades ambíguas*, São Paulo, Boitempo, 2021.

The ongoing globalization is, first of all, the culmination of a process that began with the constitution of America and colonial/modern and Eurocentric capitalism as a *new pattern of world power*. One of the fundamental axes of this power pattern is *the social classification of the world population according to the idea of race, a mental construction that expresses the basic experience of colonial domination and which has since permeated the most important dimensions of world power, including its specific rationality, Eurocentrism*. This axis has, therefore, a colonial origin and character, but it has proved to be more lasting and stable than the colonialism in whose matrix which it was established. It implies, therefore, an *element of coloniality in today's hegemonic power pattern*.⁵⁴

And in this context of the capitalist economy-world, modern international law ended up ratifying such relations of true subordination and internalization of the inhabitants of the periphery,⁵⁵ giving rise to its own concealment (coloniality of being)⁵⁶ and silencing (coloniality of knowing⁵⁷), thus limiting its participation in the world-system and ratifying its *status* of non-civilized-these elements that contributed to the continuity of the European expansionist project also through law.⁵⁸

⁵⁴ Quijano, Anibal, “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, Lander, Edgardo (ed.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo nas ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html> (accessed 30 march 2022) At 107.

⁵⁵ Okafor, Obiora Chinedu, *op. cit.*

⁵⁶ The coloniality of being refers to “the experience lived since colonization and its impact in the language”, which forms the human identity; attributes that do not make up the being, but that describe it, that are intrinsic to it (Maldonado-Torres, Nelson, “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”, in Castro-Gómez, Santiago & Grosfoguel, Ramón (eds.), *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 127-167, <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/147.pdf> (accessed 30 march 2022. At 130.) In the case, the coloniality of being is affirmed by confirmation that the subject of legal protection, for example, is the man, white, European, Christian, heterosexual, patriarch and owner.

⁵⁷ The Coloniality of Knowledge also reveals that, in addition to the legacy of deep social inequality and injustice of colonialism and imperialism, already marked by dependency theory and others, there is an epistemological legacy of Eurocentrism that prevents us from understanding the world from the very world we live in and the epistemes that are their own. Porto-Gonçalves, Carlos Walter, “Apresentação da edição em português”, in Lander, Edgardo (ed.), *op. cit.*, p. 3.

⁵⁸ Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

However, in addition to coloniality and its system of domination based on ethnicity and race originating from the colonization of the Americas⁵⁹, the modern discourse it also settled as a world model due to the deification and reification of the novelty:

The New World was new, that is, was not old [...] Everything that was “new” and more “modern” was better. Furthermore, everything was always presented as new [...] It was the politics of America that represented the realization of the novelty that was said to be the best. After that, with the separation of North America from Latin America, many people attributed its advantage to the fact that it better embodies the “new”, of being more “modern”. Modernity has become the justification for economic success; but also, in its test. It was a perfect circular plot that diverted attention from development to underdevelopment⁶⁰

Thus, it can be stated that the concept of novelty was one of the greatest contributions of the Americas to the development, stabilization and globalization of the modern capitalist economy. Under the pretext of offering a way out the inequalities of the present, the concept of “new” pushed and inserted its inevitability into the collective superego of the world system.⁶¹ And law, as a language by which novelty can be expressed⁶² also collaborated for its occurrence and perpetuation.

See the international articulation around the continuous structuring of the global order based on universalized justifications, thought from Europe and its historical achievements, which in the end reaffirm the structured nor-

⁵⁹ Maldonado-Torres, Nelson, “Sobre la colonialidad del ser...”, *cit.*, p. 132.

⁶⁰ Quijano, Aníbal & Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*

⁶¹ *Ibidem*, p. 4.

⁶² Chimni, Bhupinder S., *op. cit.*

mative models⁶³ since the turn of modernity,⁶⁴ which, for those located on the margins, when noticed, are configured in true “intangible horizons”.⁶⁵ And this is repeated even when one seeks for a “new” rule to the extent that the experiences of non-Westerners (have understood as all those located on the periphery of the world-system) are not considered for their real modification.⁶⁶

It is at this point that we introduce the Third World Approaches to International Law (TWAIL) to the debate, because it precisely criticizes this normative closure around the Global North’s will. For TWAIL, “International Law has always served the interests of dominant social forces and States in international relations”.⁶⁷ And because of it, one may argue that “the regime of International Law is illegitimate”, since it “legitimizes, reproduces and sustains the plunder and subordination of the Third World” as a whole.⁶⁸ Hence, under these lenses, international law would not be a regime that cares for

⁶³ As for normative models, it would make no difference to argue from a jusnaturalist or positivist model, because, as much as the second is a model, in fact, created and intended for the civilized—in contrast to the uncivilized—, which makes up the family of nations, the first is also an European historical-cultural product, as much as Anghie has argued that internationalist jusnaturalism applied in the sixteenth and seventeenth centuries had a universal nature and, therefore, would be applicable—theoretically—to all. After all, such a conception also presents problems insofar as the rules were not interculturally conceived. Magalhães, José Luís Quadros de & Afonso, Henrique Weil, “Para contar as outras histórias: direito internacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 29, num. 1, 2013, pp. 155-182, <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/522/412>. Accessed 30 march 2022. Anghie, Antony, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁶⁴ Kennedy claims that “due to the absence of a legislature, internationalists have always interpreted Law from history, mentioning famous texts, diplomatic incidents and judicial decisions to describe what the international community, as it is today called, sees as binding rule. This exercise is to some extent systematic [...], being almost always considered an argument about history”. Kennedy, David, “The Disciplines of International Law and Policy”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, num. 1, 1999, pp. 9-133, <https://doi.org/10.1017/S0922156599000023>. At 88.

⁶⁵ Koskenniemi, Martti, *The Gentle...*, *cit.*

⁶⁶ Okafor, Obiora Chinedu, *op. cit.*

⁶⁷ Chimni, Bhupinder S., *op. cit.*, p. 3.

⁶⁸ Mutua, Makau W., “What is TWAIL?”, *Proceedings of ASIL 94th annual meeting*, vol. 35, 2000, pp. 31-38, <https://doi.org/10.1017/S0272503700054896>. [At 31](#)

“resistance and libertation”.⁶⁹ And TWAIL, for that matter, “challenges th[is] prevailing trend in international law that has legitimated [such] global processes of marginalization and domination” by criticizing and opposing to the colonial past, the norms then erected, and the conformation of the nations with a divided and unequal world.⁷⁰

Concerning TWAIL, it is important to make it clear that we believe that criticizing modern international law and its Eurocentric epistemology can be, in itself, an alternative argument as long as it arises from a different epistemological locus than the Global North. But we are also aware that this view, shared with the so-called first generation of TWAILers⁷¹, is subject to criticism, since it is not, per se propositional.⁷² In this case, some critics of TWAIL⁷³ tend to say that if this model is really an alternative, it should list what is wrong and bring what would be right (and why),⁷⁴ in a reconstructive manner.⁷⁵ Hence, some say there it seems to be a lack of clarity in the proposed approach.⁷⁶

We do not understand, however, that it is obliged to refute an argument by necessarily bringing alternatives (although TWAIL has done so⁷⁷). Under-

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Fakhri, Michael, “Questioning TWAIL’s Agenda”, *Oregon Review of International Law*, vol. 14, num. 1, 2012, pp. 1-16, <http://hdl.handle.net/1794/12600>. Accessed 30 march 2022. At 3.

⁷¹ Galindo, George Rodrigo Bandeira, “Dividindo...”, *cit*.

⁷² Mickelson, Karin, “Rhetoric and rage: Third World voices in international legal discourse”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 16, 1998, pp. 353-419, https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/227. Accessed 30 march 2022.

⁷³ Haskell, John D., “TRAIL-ing TWAIL: Arguments and Blind Spots in Third World Approaches to International Law”, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 27, num. 2, 2015, pp. 383-414; 95-96, <https://doi.org/10.1017/S0841820900006408>; Agarwalla, Schubhangi, “Critiquing TWAIL”, *International Law and the Global South*, 15 jul. 2020, <https://internationalallawandtheglobalsouth.com/critiquing-twail>. Accessed on: 20 jul. 2023.

⁷⁴ Mickelson, Karin, *op. cit*.

⁷⁵ Fakhri, Michael, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁶ Agarwalla, Schubhangi, *op. cit*.

⁷⁷ Examples include the debates for the preservation of the rights of the least developed and landlocked states within the scope of the United Nations Convention of the Law of the Sea, as Enyew points out, and the launching of the New International Economic Order (NIEO), as Fatauros adds (and which is criticized by Rajagopal and Haskell, as he sustains that the NIEO has not achieved complete success in reducing North-South disparities), to name but a few. Enyew, Endalew Lijalem, “Sailing with TWAIL: A Historical Inquiry into Third World Perspectives on

standing the pernicious past and its legacy for different existing situations is a way of saying that changes must be made, and that bringing such issues to light can contribute to change. Without this “complaint”, proposals would not be feasible. Therefore, it can be argued that the minimum that TWAIL seeks is to “*maintain* some hope for an emancipated reconstruction of international law, incorporating subaltern voices from the south into its discourse” (emphasis added), as Ramina states.⁷⁸

And here is the link between critical international law (i.e., TWAIL), which questions the construction of the international legal order by the Global North and its legacy, hoping for change, and the decolonial perspectives that offer us an understanding of the division of the globe between center and periphery to justify the exclusion, concealment, silencing and subjugation of subjects from the South, racialized by the colonial process and maintained by law. We call this connection Decolonial International Law.

Together, these approaches complement each other insofar as they not only clarify the origins of Modern International Law, but also allow one to visualize how its use has maintained and maintains the global inequalities and various types of violence suffered by the subjects of the South. Besides, they both call for a change. These approaches call for the *emancipation* (even if generally speaking) of those who were victims of the division of the world-system, those who were transformed into recipients but not participants of society (including its legal order).⁷⁹

An emancipation that must be carried out through Latin American perspectives in view of this being the place of the beginning of Modern International Law; an emancipation that, while not denying or excluding the European/North-centered past, match other stories⁸⁰ and ways of doing,⁸¹

the Law of the Sea”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 21, num. 3, 2022, pp. 439-497, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmac028>. Fatouros, Arghyrios A., “International Law and the Third World”, *Virginia Law Review*, vol. 50, num. 5, 1964, pp. 783-823; p. 800, <https://doi.org/10.2307/1071592>. Rajagopal, Balakrishnan, *International Law From Below: Development, Social Movements and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Haskell, John D., *op. cit.*, p. 91.

⁷⁸ Ramina, Larissa, *op. cit.*

⁷⁹ Nyerere, Julius K., “South-South Opinion”, in Gauhar, Altai (ed.), *The third World Strategy: economic and political cohesion in the south*, Westport, Praeger Publishers, 1993, pp. 9-10.

⁸⁰ Magalhães, José Luís Quadros de & Afonso, Henrique Weil, *op. cit.*

⁸¹ Here, we refer to the colonality of doing, that is, of proposing international law. Squeff,

thus allowing for the liberation of the southern subject and the overcoming of the abysmal lines, breaking with the coloniality (of power, being and knowledge) that is intrinsic to Modern International Law, as will be discussed in the following point.

III. Coloniality in International Law as a Support for Abyssal Exclusions

Modernity began with the invasion, in 1492,⁸² of the Americas by the Spanish and Portuguese through the geopolitical opening of Europe to the Atlantic, implanting and controlling the world-system through the oceans (no longer through slow and dangerous continental caravans) and, still, “inventing” the colonial system, which, for 300 years, tilted the economic-political balance in favor of the old isolated and peripheral Europe.⁸³ Such a model, therefore, presupposes the idea of confrontation between the European and his “Other”, in which the former, in order to build and maintain his power, ended up controlling, winning and violating his opponent, defining himself “as an “ego” that discovers, conquers, colonizes the constitutive alterity of Modernity itself.”⁸⁴

Tatiana Cardoso, *Direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés descolonial: soft law como fonte libertadora e de resistência*, Tese apresentada à obtenção do título de Doutora em Direito, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/180281>. Accessed 30 march 2022.

⁸² This date has a double meaning: in addition to marking the arrival of the Europeans in the Americas, it also marks the fall of Granada – the last major city under Muslim rule. Magalhães, José Luiz Quadros de, *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional moderno*, Curitiba, Juruá, 2012, pp. 25-26.

⁸³ Dussel, Enrique, “Transmodernidade...”, *cit.*

⁸⁴ In more details, Dussel explains that the modern *ego cogito* (I think) was preceded by more than a century by the practical *ego conquiro* (I conquer) of the Portuguese-Hispanic that imposed its will (the first modern “will to power”) on the American “indian”. The conquest of Mexico was the first scope of the modern ego. Europe (Spain) had obvious superiority over Aztec, Mayan, Inca cultures, etc., especially for their iron weapons – present throughout the Euro-Afro-Asian horizon. Modern Europe, since 1492, will use the conquest of Latin America (since North America only enters the game in the 17th century) as a springboard to take a decisive “comparative advantage” in relation to its ancient antagonistic cultures (Turkish-Muslim, etc.). Its superiority will be, to a large extent, the result of the accumulation of wealth, knowledge, experience,

In view of this, Dussel⁸⁵ maintains that the “Other” was not “discovered” as “Other”, but was “under-covered” as in “itself”. The Americas, therefore, would not have been “discovered” as a distinct other; in fact, Europe projected itself onto the American continent. In other words, this behavior does not refer to the appearance of the other, but the projection of oneself, in spite of a primitive “self”, which has not yet gone through a process of evolution and “arrived” at the level of development in Europe. In view of this, it is argued that the birth of Modernity meant the birth of exclusion and the invisibility of the non-European.⁸⁶

Dussel⁸⁷ highlights the Hegelian ontology, for whom Europe would be the “end of the world”, that is, for whom the path of human development is to reach the level of European development. This discourse points out that Europe had exceptional internal characteristics that allowed it to supplant, through its rationality, every other culture.⁸⁸ This thesis, which Dussel⁸⁹ calls the Eurocentric paradigm (as opposed to the world paradigm), was imposed not only in Europe (and later in the United States⁹⁰), but in the entire intellectual realm of the world periphery.

etc., which it will accumulate since the conquest of Latin America. Dussel, Enrique, “Europa, modernidade e eurocentrismo”, in Lander, Edgardo (ed.), *op. cit.*

⁸⁵ Dussel, Enrique, *1492...*, *cit.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Dussel, Enrique, “Beyond Eurocentrism...”, *cit.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ The rise of the United States to the center of the world-system occurs especially at the end of the Second World War, despite the fact that the United States was already demanding that category in the international order after the First War. Grosfoguel defends this centrality today also occupied by the United States, for whom “the peripheral nation-states and non-European peoples live today under the regime of “global coloniality” imposed by the United States, through the International Monetary Fund (IMF), the World Bank (WB), the Pentagon and NATO”. But not only the United States – Grosfoguel also expresses that “currently, the central zones of the capitalist world-economy coincide with predominantly white/European/Euro-American societies, such as Western Europe, Canada, Australia and the United States, while the peripheral zones coincide with non-European peoples formerly colonized”. Grosfoguel, Ramón, “Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global”, *Revista Periferia*, vol. 1, num. 2, 2009, pp. 41-91; p. 56. <https://doi.org/10.12957/periferia.2009.3428>.

In this historical trajectory, the non-European, then, remained inferior, being imposed on him characteristics of animalistic, monstrous, primitive, degenerate, in short, dehumanized. And to become human, the non-European would need the European to bring him humanity, albeit in a forced way,⁹¹ insofar as this was the civilized being.⁹² Therefore, it is said that the invasion and colonization excluded many faces and historical subjects: the others [...], the oppressed of peripheral nations [...], the innocent victims of sacrifice, [...] [were] covered up by the uncovering.⁹³

Not only that, with modernity the process coined by Santos⁹⁴ of “creative destruction” also began, which sought to standardize the being to the European model, its customs, its culture, its knowledge, in short, its rationality, systematically denying diversity and creating hegemonies.⁹⁵ In this sense, with this creation of sides (barbarian *versus* civilized), Santos⁹⁶ states that historical colonialism is the central drawing board on which the abyssal line was

⁹¹ Dussel, Enrique, *1492...*, *cit.*

⁹² The civilized being held a national identity, which, according to Magalhães, is constituted as follows: I am national, I am European and Spanish because I am Catholic, because I share an identity founded on common values, on a morality and ethics shared by nationals like me. I am national, I am European and Spanish because I am more than the other different, the indigenous savage, the African who is not human or the other Arab, Muslim or Jew, infidels. Magalhães, José Luiz Quadros de, *op. cit.*, p. 12.

⁹³ Dussel, Enrique. *1492...*, *cit.*, p. 159.

⁹⁴ Santos, Boaventura de Sousa, “Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes”, Santos, Boaventura de Sousa and Meneses, Maria Paula (eds.), *Epistemologias do sul*, Coimbra, Almedina, 2009, 23-71.

⁹⁵ Magalhães, José Luiz Quadros de, *op. cit.*

In the same sense Quijano weaves: As part of the new pattern of world power, Europe also concentrated under its hegemony the control of all forms of control over subjectivity, culture and especially knowledge, knowledge production. They repressed the forms of production of meaning, their symbolic universe, their patterns of expression and objectification of subjectivity. They forced the colonized to partially learn the culture of the dominators in everything that was useful for the reproduction of domination, whether in the field of material, technological, or subjective activity, especially religious. In the long term, it implied a colonization of cognitive perspectives, of ways of producing or giving meaning to the results of material or intersubjective experience, of the imaginary, of the universe of intersubjective relationships, of the world, in short, of culture. Quijano, Anibal, “Colonialidade do poder...”, *cit.*, p. 112.

⁹⁶ Santos, Boaventura de Sousa, *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019, pp. 49-50.

drawn. Barreto⁹⁷ clarifies that, when speaking of “abyssal line”, Santos is using the metaphor of the abyss in order to convey the idea that hegemonic Western thought organizes the production and validation of knowledge along the lines of a precipice, separating the forms of being, thinking and relating in the North of the ways of being, thinking and relating to the South. Thus, Santos states:

Modern Western thinking is abyssal thinking. It consists of a system of visible and invisible distinctions, with the invisible underlying the visible. Invisible distinctions are drawn across radical lines that divide social reality into two distinct universes: the universe “on this side of the line” and the universe “on the other side of the line”. The division is such that “the other side of the line” disappears as reality, becomes non-existent, and is even produced as non-existent⁹⁸

The division of the world along the abyssal line separates it into two parts: the metropolitan world —corresponding to “us”, the fully human— and the colonial world —inhabited by the non-fully human. According to Santos⁹⁹ the existence of tensions and exclusions on both sides of the line is admitted, however, in the metropolitan world there is still belonging to the “us”, its basic equivalence and reciprocity— for this reason, exclusions in the metropolitan world are called non-abyssal. On the colonial side, it is unimaginable to think of any existence of equivalence or reciprocity, on this side of the line the exclusions are abysmal and their management occurs through the dynamics of appropriation and violence.

For Santos¹⁰⁰ the struggles against non-abyssal exclusions are carried out through social emancipation, seeking to replace the current social regulation with the aim of replacing it with another less excluding social regulation. In another turn, in the colonial world, maintained by the colonial and neocolonial State, by racism, forced labor and slave labor, etc., the struggle against appropriation and violence is for its complete liberation from colonial social regulation. Unlike the struggle for social emancipation, on the metro-

⁹⁷ Barreto, João-Manuel, “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, num. 2, 2014. <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol21/iss2/1>. Accessed 30 march 2022.

⁹⁸ Santos, Boaventura de Sousa, “Para além do Pensamento...”, *cit.*, p. 23.

⁹⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *O fim do imperio...*, *cit.*

¹⁰⁰ *Idem.*

politan side of the abyssal line, the struggle for liberation does not aim at a better and more inclusive form of colonial regulation. Rather, it aims at its elimination.¹⁰¹

In this sense, when Chimni¹⁰² states that international law is the main language through which domination is expressed in the era of globalization, to the extent that, as Koskeniemi¹⁰³ adds, the universal clothing attributed to its values hides the fact since its bases remain in European ethnocentrism, we can, by approaching both reflections with the concepts presented here, understand that coloniality in International Law is today the main support of the abyssal line. This is then what keeps European ideals and assumptions alive and applicable to non-Europeans, who do not only lack a role in shaping the rules but are also obliged to adhere to them, as they find themselves on the colonial side of the abyssal lines.

In this case, as Quijano¹⁰⁴ would say, the products of Eurocentric colonial domination were [and still are] assumed to be “objective”, “scientific” categories and, therefore, possessing historical significance. They are natural phenomena that support the other social relations of classes or States, including in the field of law. And if situated on the post-abyssal lines, these normative standards are imposed, even by force, and must be recognized and faithfully followed.

An example of this is provided by Chimni,¹⁰⁵ for whom international financial and commercial institutions impose a neoliberal agenda¹⁰⁶ that manipulates the regulation of international human rights law, preventing the formation of a global coalition of Third World States and peoples,¹⁰⁷ subvert-

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Chimni, Bhupinder S., *op. cit.*

¹⁰³ Koskeniemi, Martti, “Histories of International law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19, 2011, pp. 152-176, <http://dx.doi.org/10.12946/rq19/152-176>.

¹⁰⁴ Quijano, Aníbal, “Coloniality, Modernity/Rationality”, *Cultural Studies*, vol. 21, 2007, pp. 168-178; at 2-3, <https://doi.org/10.1080/09502380601164353>.

¹⁰⁵ Chimni, Bhupinder S., *op. cit.*

¹⁰⁶ In the same way, Galindo expresses it: “International Law defines, today, what is or is not a democratic State and relocates economic sovereignty to international institutions, such as the World Bank, the IMF or the WTO.” Galindo, George Rodrigo Bandeira, “A volta do terceiro mundo...”, *cit.*

¹⁰⁷ For the purposes of this text, Mutua’s definition of “Third World will be used, for whom “Third World is, truly, a flow of historical experiences similar to practically all non-European

ing ways collective reflection on common problems and solutions, in addition to authorizing continuous interventions to transform the Third World into “modern”.¹⁰⁸ After all, as Anghie¹⁰⁹ states, the foundations of international law take on a different form when applied to the non-European world--or to the colonial side of the abyssal line.

Furthermore, it is important to consider this colonized international normative reality. In doing so, Kennedy,¹¹⁰ expresses that:

for International Law, colonialism would not be a scandal as long as the discipline could say – of course, colonialism was horrible, but we have gotten rid of him and are seeking to undo his legacy. Nor would it be a scandal to demonstrate that the international doctrine articulated in the past and present was/is unrealistic – “indigenous peoples were not really treated as equals and [States’] sovereignties are not so identical”. The internationalists knew and know this. [...] *It would be a scandal, however, if the doctrine of International Law proclaimed that the interpretation of the humanity of indigenous peoples or of today’s sovereign equality are, in fact, part of a plan that affirms that the indigenous genocide was justified or that the inequality of nations must be maintained.*

This second context brought by the author, as it is exactly what modern international law predicted, brings to light the need to change the rules of international law to break with this vision, recognizing its failures in favor of a law forged on intercultural bases that allows Third World States to achieve development. But if International Law is a tool of domination that perpetuates coloniality, why keep looking for ways to rely on it? Wouldn’t we be creating a great Dry-body,¹¹¹ a dead creature cursed to continue walking the earth?

societies”, which gave rise to a particular voice, a form of intellectual and political consciousness. The term Third World is different from less developed, crisis-prone, industrializing, developing, underdeveloped or Southern because it correctly captures the dialectic of opposition between the European and the non-European, and identifies the plunder of the latter by the former. This places the world’s state of crisis in the global order that the West created and [still] dominates. Mutua, Makau W., *op. cit.*

¹⁰⁸ Pahuja, Sundhya, “The postcoloniality of International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 46, num. 2, 2005, pp. 549-470, <https://harvardilj.org/attach.php?id=42>. Accessed 30 march 2022.

¹⁰⁹ Anghie, Antony, *op. cit.*

¹¹⁰ Kennedy, David, “Law and the Political Economy of the World”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, num. 1, 2013, pp. 7-48, <https://doi.org/10.1017/S0922156512000635>. At 30.

¹¹¹ The legend of Dry-body (“*Corpo-seco*”) refers to a selfish and cruel man, who always

Answering that we should simply abandon (modern) international law or that it should be destroyed seems empty, if not mistaken or unrealistic. As pointed out by Chimni,¹¹² it is also necessary to recognize that, in contemporary times, International Law offers a protective shield, albeit fragile, for the Third World.

Therefore, perhaps the ideal is not to think of international law as a Dry-body, but as a *Caipora*¹¹³. If, in folklore, *Caipora* is responsible for protecting fauna and flora, punishing those who do not respect nature, why shouldn't we imagine an international law that would protect the world, the environment and life—not just human life—which could effectively hold its transgressors accountable?

For that, as Maldonado-Torres¹¹⁴ adds, it is necessary to carry out a decolonial epistemic turn, through which the condemned [subject from the Global South¹¹⁵] emerges as a questioner, thinker, theorist and writer/communicator; but it is also imperative to promote an aesthetic (and often spiritual) decolonial turn through which the condemned appears as a creator; moreover, it is necessary to promote an activist decolonial turn¹¹⁶ through which the convict emerges as an agenda for social change.

harmed others thinking about his own benefit. According to the legend, when he died, neither heaven nor hell wanted him, leaving him condemned to wander the earth, harming people out of pure hatred.

¹¹² Chimni, Bhupinder S., *op. cit.*

¹¹³ The legend of “*Caipora*” originates from Tupi-Guarani mythology. In Brazilian folklore, *Caipora* is represented by a small indigenous girl, agile and naked, who inhabits the forest and seeks to protect it, as well as the animals that live therein.

¹¹⁴ Maldonado-Torres, Nelson, “Analítica da colonialidade...”, *cit.*

¹¹⁵ Here, Maldonado-Torres alluded to Franz Fanon's work, “The damned of the Earth”, from 1968, in which the author criticizes the African colonial context and decolonization itself to the extent that, as they are considered wild people, the natives would be devoid of ethics, so that force/violence—whether that of the entry of the European or his departure—is always present in this context, strong in these differences imposed by the colonizer, which makes the soldier the interlocutor between European/Society and the colonized/acculturated/condemned being. Maldonado-Torres, Nelson, “Sobre la colonialidad del ser...”, *cit.*

¹¹⁶ Ballestrin, Luciana, “América Latina e o giro decolonial”, *Revista Brasileira de Ciências Políticas*, vol. 11, 2013, pp. 89-117, <https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>. For a specific debate of the decolonial turn in international law, see Squeff, Tatiana Cardoso, “O giro decolonial no Direito Internacional”, *Revista Sequência*, vol. 43, 2023, pp. 1-24, <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2022.e85235>.

As a result, what a Decolonial International Law must seek to offer are alternatives and to imagine new solutions that lead to true emancipation, thus not comprising themselves to seek a solution within the Europeanized neoliberal logic, nor just replacing social regulation with another less excluding social regulation, since, as Mignolo¹¹⁷ adds, these maneuvers will not eliminate the dichotomies introduced by the colonial difference. The ultimate horizon of liminal thought is not only working towards a critique of colonial categories; it is also acting to reverse the subordination of knowledge and the coloniality of power.¹¹⁸

Therefore, in a nutshell, we must say that Decolonial International Law is, primarily, counter-hegemonic and counter-Eurocentric. It is built from a praxis of resistance against dominant discourses and, consequently, against (Modern) International Law, which is epistemologically based on the capitalist world-system. It calls for emancipation techniques that lead subjugated, racialized, discriminated and silenced subjects to the frontier, enabling them to propose International Law through a transversal, intercultural dialogue, therefore breaking with the coloniality of power, being and knowledge. And because of this, Decolonial International Law is intercultural. It recognizes the existence of different subjects, but, above all, it does not allow any hierarchization between them.

Besides, although Decolonial International Law is not built on a punitive logic, it holds any subject who violate its regulations responsible, not allowing impunity for those who abuse the rights of others (much as *Caipora*). This is because a Decolonial International Law is based on multiple existences, multiple knowledge, multiple beings and multiple thoughts. This perspective is interesting because it reveals that Decolonial International Law may present different forms of accountability, based on collectivity and belonging. And what will allow International Law to learn other ways of applying accountability is the decolonial praxis of cross-border intercultural dialogue.

In fact, the promotion of emancipatory alternatives to accountability such as the one discussed above contributes to removing the application of colonial regulation (i.e, Modern International Law) for those subjugated, racialized, discriminated and silenced subjects, pushing them away from the abyssal lines. After all, if we leave it as it is, the current modern normative model,

¹¹⁷ Mignolo, Walter, *op. cit.*

¹¹⁸ *Idem.*

designed to make the North (i.e., Europe and United States) stand out, based on coloniality, will remain a linear, dichotomous and excluding rule. Hence, in a last word and alluding to Quijano's speech¹¹⁹, it is time for International Law to stop being what it is not, that is, to pass for being a collective and plural legal order, which it really is not, according to what has been reported throughout this text.

IV. Conclusion

Modernity —a time introduced and materialized by the arrival of the Europeans to the Americas— is marked by the universalization of objective and subjective Eurocentric standards, which were imposed to colonized, uncivilized, ethnically and racially determined subjects, and exported to all four corners of the globe through the capitalist world-economy that created an environment in which the material inequality between those located in the center and on the periphery is not only evident but permanent. And this framework was not only maintained but allowed by the (Modern) International Law.

Even with the end of the formal political link between colony and metropolis, this model continued to be applied, causing colonization to give place to coloniality, where the same structures built in the turn of modernity remained not only in the political and economic spheres, to which the name coloniality of power is given, but also in the epistemic and scientific scope, also known as the coloniality of knowledge, and as for the subject of the south itself that continued to be subjugated, hidden, silenced, and discriminated against (i.e., the coloniality of being). Furthermore, this model was also perpetuated in terms of International Law, in which the rules still follow Eurocentric assumptions, thus collaborating for the concealment and assimilation of the Third World insofar as their interests are not recognized or even taken as legitimate, pushing them, thus, beyond the abyssal lines.

Hence, considering the Modern Age as a European phenomenon, which refers to an ideological, linear and deforming organization of history that fosters disrespect for other cultures precisely because of the reduction promoted by it to facts and events outside Europe, we understand that it urgently

¹¹⁹ Quijano, Anibal, "Colonialidade do poder...", *cit.*

needs to be overcome, making it truly open to the whole world.¹²⁰ After all, as the globe is plural, it should be seen, organized and operated in this way. Therefore, as (International) Law is a structural tool used for this purpose, it should also be revamped, emancipating itself from its modern vision and from the shackles of Eurocentric epistemological domination. We therefore suggest that this be done through Decolonial International Law.

And the first step towards the construction of a Decolonial International Law is precisely to recognize its current situation, exposing its modern systematization through the recognition of the coloniality of power, being, knowledge and doing that is behind the capitalist world-system. Once these characteristics have been identified, alternatives to them must be thought, insofar as it is not expected to reform the system, replacing it with another equally linear and dichotomous vision. In this case, we believe that this opening must occur from a transversal and intercultural dialogue aiming at the emancipation of colonial beings.¹²¹

We assume the positive moments of Modernity may promote an authentic intercultural dialogue if assessed by using different criteria from other cultures, especially those that were in the origins of Modernity/Modern International Law, such as the Latin American ones. An example of this is the adoption of a non-punitive culture, which still seeks to hold accountable those who violate the rights of others, including collective ones--a perspective that comes from the Caipora folklore, although not being a direct factual example. Even because examples do not necessarily need to be given for the purposes of criticism to exist. As we have stated, criticism can be theoretical, as some TWAIL points of view teach us.

In any event, it is our understanding that through the above-mentioned dialogue it might be possible to put an end to the abyssal lines even considering the asymmetries existing today, insofar as such dialogue does not position itself in favor of the North, nor does it reproduce its legal-normative discourses. It must be emancipatory, and this view is embedded in it. Only in this way can the construction of a new world-system be possible and, consequently, new relationships (including legal ones) that we still cannot visualize at the present time be built. The opening to an intercultural imagination is,

¹²⁰ Dussel, Enrique. "Beyond Eurocentrism...", *cit.*

¹²¹ Dussel, Enrique, "Transmodernidade...", *cit.*

therefore, epistemologically desirable, and it can be achieved through Decolonial International Law.

V. Bibliography

- AGARWALLA, Schubhangi, “Critiquing TWAIL”, *International Law and the Global South*, 15 jul. 2020, <https://internationallawandtheglobalsouth.com/critiquing-twail>
- ANGHIE, Antony, *Imperialism, sovereignty and the making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- BALLESTRIN, Luciana, “América Latina e o giro decolonial”, *Revista Brasileira de Ciências Políticas*, vol. 11, 2013, pp. 89-117, <https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>
- BARRETO, João-Manuel, “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, num. 2, 2014, <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol21/iss2/1>
- BOWDEN, Brett, *The empire of civilization: the evolution of an imperial idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo, “Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade”, *Quaestio Iuris*, vol. 9, no. 4, 2016, pp. 1806-1823, <http://doi.org/10.12957/rqi.2016.21291>
- BRAGATO, Fernanda Frizzo and SILVEIRA FILHO, Alex Sandro da, “The colonial limits of transnational corporations accountability for Human Rights Violations”, *Third World Approaches to International Law Review*, vol. 2, 2021, pp. 34-58.
- CHIMNI, Bhupinder S., “Third world approaches to International Law: a manifesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, num. 1, 2006, pp. 3-27, <https://doi.org/10.1163/187197306779173220>
- DUSSEL, Enrique, *1492 - O encobrimento do outro: A origem do mito da modernidade*, tr. Jaime A. Clasen, Petrópolis, Vozes, 1993.
- DUSSEL, Enrique, “Beyond Eurocentrism: The world-system and the limits of modernity”, JAMESON, Fredric & MIYOSHI, Masao (eds.), *The cultures of globalization*, Durham, Duke University Press, 1988, pp. 3-31.
- DUSSEL, Enrique, “Europa, modernidade e eurocentrismo”, in Lander, Edgardo (ed.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo nas ciências sociais. Perspectivas*

- latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>
- DUSSEL, Enrique, “Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação”, *Sociedade e Estado*, vol. 31, num. 1, 2016, pp. 51-73, <https://doi.org/10.1590/S0102-69922016000100004>
- ENYEW, Endalew Lijalem, “Sailing with TWAIL: A Historical Inquiry into Third World Perspectives on the Law of the Sea”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 21, num. 3, 2022, pp. 439-497, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmac028>
- FANON, Franz, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1968.
- FATOUROS, Arghyrios A., “International Law and the Third World”, *Virginia Law Review*, vol. 50, num. 5, 1964, pp. 783-823, <https://doi.org/10.2307/1071592>
- FAKHRI, Michael, “Questioning TWAIL’s Agenda”, *Oregon Review of International Law*, vol. 14, num. 1, 2012, pp. 1-16, <http://hdl.handle.net/1794/12600>
- FEITOSA, Charles, “Transverter as culturas”, *O povo*, 2014. <https://www20.opovo.com.br/app/colunas/filosofiapop/2014/07/14/noticiasfilosofiapop,3281249/transverter-as-culturas.shtml>
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira, “A volta do terceiro mundo ao direito internacional”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 1, num. 119-124, 2013, pp. 46-68, <https://sil0.tips/download/a-volta-do-terceiro-mundo-ao-direito-internacional>
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira, “Dividindo as TWAIL?” in SQUEFF, Tatiana Cardoso & DAMASCENO, Gabriel Pedro Moreira (eds.), *Direito Internacional Crítico*, Belo Horizonte, Arraes, 2022
- GRAZZIOTIN, Henrique de Abreu, “O processo histórico de formação do sistema-mundo capitalista e a sua dinâmica: uma interpretação baseada em Braudel, Marx, Arrighi e Wallerstein”, *Economia Ensaios*, vol. 34, num. 1, 2019, pp. 5-34, <https://doi.org/10.14393/REE-v34n1a2019-40899>
- GROSFUGUEL, Ramón, “Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global”, *Revista Periferia*, vol. 1, num 2, 2009, pp. 41-91; p. 56. <https://doi.org/10.12957/periferia.2009.3428>
- HASKELL, John D., “TRAIL-ing TWAIL: Arguments and Blind Spots in Third World Approaches to International Law”, *The Canadian Journal of*

- Law & Jurisprudence*, vol. 27, num. 2, 2015, pp. 383-414, <https://doi.org/10.1017/S0841820900006408>
- KENNEDY, David, “The Disciplines of International Law and Policy”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, num. 1, 1999, pp. 9-133, <https://doi.org/10.1017/S0922156599000023>
- KENNEDY, David, “Law and the Political Economy of the World”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, num. 1, 2013, pp. 7-48, <https://doi.org/10.1017/S0922156512000635>
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Histories of International law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte*, vol. 19, 2011, pp. 152-176, <http://dx.doi.org/10.12946/rg19/152-176>
- LIMA, Pedro Garrido C., “Posicionamento no sistema mundial e semiperiferia”, *Textos de Economia*, vol. 10, num 2, 2007, pp. 58-85, <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/1851/1614>
- MAGALHÃES, José Luís Quadros de & AFONSO, Henrique Weil, “Para contar as outras estórias: direito internacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 29, num. 1, 2013, pp. 155-182, <https://revista.fdsdm.edu.br/index.php/revistafdsdm/article/view/522/412>
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional moderno*, Curitiba, Juruá, 2012.
- MALDONADO-TORRES, Nelson, “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”, in CASTRO-GÓMEZ, Santiago & GROSGOUEL, Ramón (eds.), *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 127-167, <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/147.pdf>
- MALDONADO-TORRES, Nelson, “Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas”, in BERNARDINO-COSTA, Joaze et al. (eds), *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*, Belo Horizonte, Autêntica, 2020.
- MICKELSON, Karin, “Rhetoric and rage: Third World voices in international legal discourse”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 16, 1998, pp. 353-419, https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/227

- MIGNOLO, Walter, *Histórias locais-projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*, Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2020.
- MUTUA, Makau W., “What is TWAIL?”, *Proceedings of ASIL 94th annual meeting*, vol. 35, 2000, pp. 31-38, <https://doi.org/10.1017/S0272503700054896>
- NYERERE, Julius K., “South-South Opinion”, in Gauhar, Altai (ed.), *The third World Strategy: economic and political cohesion in the south*, Westport, Praeger Publishers, 1993.
- OKAFOR, Obiora Chinedu, “Newness, imperialism and international legal reform in our time: a TWAIL perspective”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, num. 1, 2005, pp. 171-191, <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol43/iss1/7/>
- OSORIO, Luiz Felipe B., “Wallerstein, Arrighi e Amin: O Imperialismo no Capitalismo Fordista”, *Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, vol. 9, num. 18, 2020, pp. 66-86, <https://www.seer.ufrgs.br/austral/article/viewFile/95494/60231>
- PAHUJA, Sundhya, “The postcoloniality of International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 46, num. 2, 2005, pp. 549-470, <https://harvardilj.org/attach.php?id=42>
- PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter, “Apresentação da edição em português”, in Lander, Edgardo (ed.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo nas ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>.
- QUIJANO, Anibal, “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, in LANDER, Edgardo (ed.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo nas ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>
- QUIJANO, Anibal, “Coloniality, Modernity/Rationality”, *Cultural Studies*, vol. 21, 2007, pp. 168-178, <https://doi.org/10.1080/09502380601164353>
- QUIJANO, Anibal and WALLERSTEIN, Immanuel, “Elementos del desarrollo, la Americanidad como concepto o América en el moderno sistema mundial”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, vol. 44, num. 4, 1992, pp. 549-557, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000092840_spa
- RAJAGOPAL, Balakrishnan, *International Law From Below: Development, Social Movements and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

- RAMINA, Larissa, “Framing the concept of TWAIL: ‘Third World Approaches to International Law’”, *Revista Justiça do Direito*, vol. 32, num. 1, 2018, pp. 5-26, doi.org/10.5335/rjd.v32i1.8087
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes”, Santos, Boaventura de Sousa and Meneses, Maria Paula (eds.), *Epistemologias do sul*, Coimbra, Almedina, 2009, 23-71.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, 8ª ed., São Paulo, Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019.
- SQUEFF, Tatiana Cardoso, *Direito humano ao alimento no direito internacional sob o viés decolonial: soft law como fonte libertadora e de resistência*, Tese apresentada à obtenção do título de Doutora em Direito, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/180281>.
- SQUEFF, Tatiana Cardoso, “O giro decolonial no Direito Internacional”, *Revista Sequência*, vol. 43, 2023, pp. 1-24, <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2022.e85235>
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle, *Le Droit International*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *O sistema mundial moderno*, tr. Carlos Leite et al., Porto, Afrontamento, 1974, vol. I.
- WALLERSTEIN, Immanuel, “The Concept of National Development 1917-1989”, *American Behavioral Scientist*, vol. 35, 1992, pp. 517-529, <https://doi.org/10.1177%2F000276429203500409>
- WALLERSTEIN, Immanuel, “The Rise and Future Demise of World-Systems Analysis”, *91st Annual Meeting of the American Sociological Association*, New York, 1996, https://enseignement.typepad.fr/printemps08/files/wallerstein_rise_and_future_demise_of_worldsystems_analysis_1997.pdf
- WALLERSTEIN, Immanuel, “O fim de que modernidade?”, *Estudos de Sociologia*, vol. 2, num. 3, 1997, pp. 1-8, <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/651>
- WALLERSTEIN, Immanuel, *The essential Wallerstein*, New York, The New Press, 2000.

- WALLERSTEIN, Immanuel, *Capitalismo histórico e civilização capitalista*, tr. Renato Aguilar, Rio de Janeiro, Contraponto, 2001.
- WALLERSTEIN, Immanuel, “Homenagem a Immanuel Wallerstein: ‘O tempo em que podemos mudar o mundo’”, Interview by Sophie Shevarnadze, *Brasil de Fato*, 1 de Setembro de 2019, <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/01/o-tempo-em-que-podemos-mudar-o-mundo>
- WALLERSTEIN, Immanuel and BALIBAR, Étienne, *Raça, nação, classe: as identidades ambíguas*, São Paulo, Boitempo, 2021.
- WALSH, Catherine E., “The Decolonial For Resurgences, Shifts, and Movements”, in WALSH, Catherine and MIGNOLO, Walter (eds.), *On decoloniality: Concepts, analytics, praxis*, Durham, Duke University Press, 2018.
- WOLKMER, Antônio Carlos, *Introdução ao Pensamento Crítico*, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

El derecho de acceso a la jurisdicción civil y reparación no punitiva de las víctimas de graves violaciones al DIDH y al DIH en la relación Estado-Estado. La versión 2022 del caso Alemania c. Italia ante la CIJ

The right to access to civil jurisdiction and non-punitive reparation for victims of serious violations of IHRL and IHL in the State-State relationship. The 2022 version of the Germany v. Italy case before the ICJ

Le droit d'accès a la juridiction civile et a une reparation non punitive pour les victimes de violations graves du DIDH et du DIH dans les relations état-état. La version 2022 du cas Allemand v. Italie devant la CIJ

Annabella Sandri Fuentes

 <https://orcid.org/0009-0001-9926-3075>

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Argentina

Correo electrónico: asandrifuentes@derecho.uba.ar

Recepción: 27 de febrero de 2023

Aceptación: 4 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17865>

Resumen: Al emitir sentencia en febrero de 2012, la CIJ habría resuelto, al menos en apariencia, la controversia entre las Repúblicas de Alemania, Italia y Grecia en relación con el alcance y aplicación de la norma consuetudinaria de inmunidad de jurisdicción de los Estados, respecto de acciones interpuestas por víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por hechos de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en abril de 2022 la República Federal de Alemania inició un nuevo litigio contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, con el objeto de determinar la responsabilidad internacional de la República de Italia por su incumplimiento a diversas obligaciones, entre ellas la norma consuetudinaria de respecto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos ante tribunales domésticos. Particularmente, los hechos de la nueva controversia refieren a 25 nuevos casos de tribunales domésticos. Puntualmente, la sentencia de 2014 de la *Corte Costituzionale* que, en aplicación del

control de constitucionalidad, estableció un límite a la costumbre internacional exigiendo su aplicación *únicamente* cuándo sea compatible con los elementos constitucionales, que incluyen los principios inviolables de los derechos humanos tales como el derecho a la tutela judicial. En consecuencia, dado que el caso está aún por resolverse, en este trabajo se analizan minuciosamente estas sentencias para determinar la relación que existe entre el derecho de acceso a la jurisdicción civil y reparaciones no punitivas de las víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad y el principio de soberanía de los Estados, cuya mayor tensión se evidencia en la norma consuetudinaria de inmunidad de jurisdicción de los Estados por actos *jure imperii* en contexto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Para el arribo de las conclusiones se hizo especial énfasis en la relación entre Estado y territorio, así como el tiempo y el derecho, el derecho procesal y las reparaciones no punitivas ante graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que evidencia la crisis de la noción clásica de soberanía de los Estados.

Palabras claves: inmunidad, jurisdicción, costumbre internacional, graves violaciones a los derechos humanos, derecho internacional humanitario, crímenes de guerra, tutela judicial, derecho a una reparación, soberanía.

Abstract: By rendering its judgment in February 2012, the ICJ would have resolved, at least apparently, the dispute between the Republics of Germany, Italy and Greece regarding the scope and application of the customary rule of immunity of States from jurisdiction, with respect to actions brought by victims of serious violations of human rights and international humanitarian law for events of the Second World War. However, in April 2022 the Federal Republic of Germany initiated a new contentious litigation before the International Court of Justice, in order to determine the international responsibility of the Republic of Italy for its failure to comply with various obligations, including the customary rule regarding the immunity of sovereign States from jurisdiction before domestic courts. Particularly, the facts of the new dispute refer to 25 new domestic court cases. In particular, the 2014 judgment of the *Corte Costituzionale* which, in application of the control of constitutionality, established a limit to international custom requiring its application only when it is compatible with constitutional elements, which include inviolable principles of human rights such as the right to judicial protection. Consequently, given that the case has yet to be resolved, this paper analyzes these judgments in detail to determine the relationship between the right of access to civil jurisdiction and non-punitive reparations for victims of war crimes and crimes against humanity and the principle of State sovereignty, whose greatest tension is evident in the customary rule of State immunity from jurisdiction for acts *jure imperii* in the context of serious violations of human rights and international humanitarian law. In arriving at conclusions, special emphasis was placed on the relationship between State and territory, as well as time and law, procedural law and non-punitive reparations for serious violations of human rights and international humanitarian law, in order to demonstrate the crisis of the classical notion of State sovereignty.

Keywords: immunity, jurisdiction, international custom, serious human rights violations, international humanitarian law, war crimes, judicial protection, right to reparation, sovereignty.

Résumé: En rendant un arrêt en février 2012, la CIJ aurait résolu, au moins en apparence, la controverse entre les Républiques d'Allemagne, d'Italie et de Grèce concernant la portée et l'application de la règle coutumière de l'immunité de juridiction *étatique*, aux actions intentées par les victimes de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire dues aux *événements* de la Seconde Guerre mondiale. Cependant, en avril 2022, la République fédérale d'Allemagne a engagé une nouvelle procédure contentieuse devant la Cour internationale de Justice, dans le but de déterminer la responsabilité internationale de la République italienne pour son manquement à diverses obligations, parmi lesquelles la norme coutumière de respect de l'immunité juridictionnelle des *États* souverains devant les tribunaux nationaux. En particulier, les faits de la nouvelle controverse font référence à 25 nouvelles affaires judiciaires nationales. En particulier, l'arrêt de 2014 de la Cour constitutionnelle qui, en application du contrôle de constitutionnalité, a fixé une limite à la coutume internationale exigeant son application uniquement lorsqu'elle est compatible avec des *éléments* constitutionnels, parmi lesquels figurent les principes inviolables des droits de l'homme tels que le droit à un recours judiciaire. Protection. Par conséquent, *étant* donné que l'affaire n'est pas encore résolue, ces peines sont soigneusement analysées dans cet ouvrage pour déterminer la relation qui existe entre le droit d'accès à la juridiction civile et les réparations non punitives pour les victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et le principe de la souveraineté des *États*, dont la plus grande tension est *évidente* dans la norme coutumière de l'immunité de juridiction des *États* pour les actes *jure imperii* dans le contexte de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Pour arriver aux conclusions, un accent particulier a *été* mis sur la relation entre l'État et le territoire, ainsi que sur le temps et le droit, le droit procédural et les réparations non punitives face aux violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, pour démontrer la crise de la notion classique de souveraineté de l'État.

Mots-clés: immunité, juridiction, coutume internationale, violations graves des droits de l'homme, droit international humanitaire, crimes de guerre, protection judiciaire, droit à réparation, souveraineté.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reflexiones preliminares.* III. *El acceso a la justicia como derecho humano.* IV. *Análisis de la sentencia de la mayoría de la CIJ.* V. *El voto disidente del juez Cançado Trindade.* VI. *La Corte Costituzionale de Italia: El control de constitucionalidad de la costumbre internacional en el caso 238/2014.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El 29 de abril de 2022, la República Federal de Alemania (en adelante, Alemania o Estado alemán) inició ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) un proceso contencioso contra la República de Italia (en adelante, Italia o Estado italiano) y solicitó medidas provisionales. Conocido oficialmente como

el caso “*Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*”, el Estado alemán alegó el incumplimiento de Italia de las obligaciones consuetudinarias respecto de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos ante tribunales domésticos y, además, la violación por parte de Italia del artículo 94 de la Carta de la Organización Naciones Unidas (ONU), particularmente la obligación de cumplir con las decisiones de un órgano permanente de la organización.¹

En este sentido, Alemania indicó que no obstante la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012,² los hechos refieren a 25 nuevos casos de tribunales domésticos desde 2012 en adelante, 15 de los cuales tienen sentencias. En particular, refirió a la sentencia No. 238/2014 de la *Corte Costituzionale* de Italia del 22 de octubre de 2014.³

Según el escrito presentado por Alemania, la Corte Costituzionale habría reconocido “el deber del juez italiano [...] de cumplir con la sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012”, sin embargo, “sometió ese mismo deber al ‘*principio fundamental de protección judicial de los derechos fundamentales*’ [...] para permitir que *las demandas individuales de las víctimas de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad se presentaran contra Estados soberanos*”.⁴ El 30 de abril de 2022, exactamente un día después de la presentación del caso de Alemania ante la CIJ, la Republica de Italia adoptó el Decreto Ley No. 36/2022, creador del “Fondo para la Compensación de Daños a las Víctimas de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, por los hechos cometido en territorio italiano o en perjuicio de ciudadanos italianos por parte de las fuerzas del Tercer Reich en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre

¹ CIJ, Prensa, “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, Nota 2022/16, 29 de abril de 2022.

² La CIJ, mediante sentencia, debió determinar si los tribunales italianos estaban obligados a conceder a Alemania la inmunidad en relación con los procedimientos civiles de reparación de daños llevados adelante por las víctimas de graves violaciones al DIH y al DIDH, cometidos por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial.

³ “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, CIJ, Prensa, Nota 2022/16, 29 de abril de 2022.

⁴ “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State” CIJ, (énfasis añadido), Prensa, Nota 2022/16, 29 de abril de 2022.

de 1939 y el 8 de mayo de 1945. Para Alemania, fue relevante la adopción de este Decreto y, en consecuencia, retiró la solicitud de medidas provisionales.⁵

No obstante, el proceso contencioso internacional continúa. Así, el 10 de junio de 2022, la CIJ ordenó la institución del proceso conforme al artículo 31 de su Reglamento. En este sentido, la CIJ determinó que el Memorial de Demanda será presentado por Alemania hasta el 12 de junio de 2023 y el Memorial de Contestación será presentado por Italia hasta el 12 de junio de 2024.⁶

En consecuencia, dado que el caso está aún por resolverse, este trabajo tiene el objeto de analizar la relación que existe entre el derecho de acceso a la jurisdicción civil y reparaciones no punitivas de las víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad y el principio de soberanía de los Estados, cuya mayor tensión se evidencia ante la aplicación de la norma consuetudinaria de inmunidad de jurisdicción de los Estados por actos *jure imperii*, aunque se trate de graves violaciones a los derechos humanos (DDHH) y al derecho internacional humanitario (DIH). Para su desarrollo, se prosigue con una metodología que privilegia el análisis doctrinal e interpretativo de las sentencias.

II. Reflexiones preliminares

Al emitir sentencia el 3 de febrero de 2012, la CIJ habría resuelto, al menos en apariencia, la controversia entre Alemania, Italia y Grecia en relación con el alcance y aplicación de la norma consuetudinaria de inmunidad de jurisdicción de los Estados, respecto de acciones interpuestas por víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH. De este modo, la CIJ habría ponderado la norma consuetudinaria, sustentada en el principio de la igualdad soberana entre los Estados, por sobre el derecho humano de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Si bien la sentencia es relativamente corta (61 páginas), se agregan las tres opiniones separadas de los jueces Koroma (4 páginas), Keith (11 páginas) y Bennouna (7 páginas); así como las tres opiniones disidentes de los jueces

⁵ “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, CIJ, Prensa, Nota 2022/18, 6 de mayo de 2022.

⁶ “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, CIJ, Order, *General List No. 183*, 10 de junio de 2022.

Cançado Trindade (112 páginas), Yusuy (18 páginas) y Gaja (juez *ad hoc*) (14 páginas).

La mayoría de la CIJ omitió hacer referencia alguna a la figura de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos. Es decir, no surge un cuestionamiento procesal de limitación por el paso del *tiempo* al ejercicio de la acción civil de daños por la responsabilidad internacional del Estado alemán por los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial.⁷ Ello se debe a que la centralidad del análisis para la mayoría de la CIJ refirió a otro derecho procesal que conlleva a la obligación de los tribunales domésticos de reconocer la inmunidad de jurisdicción de los Estados, sin revisión de los méritos de cualquier acción.

En otras palabras, la inmunidad de jurisdicción de los Estados, como excepción, es el acto jurídico que neutraliza y quita eficacia a la *acción* que activaría la jurisdicción como primer acto procesal.⁸ Sin indicar que se encuentra dentro del instituto de las excepciones, la mayoría de la CIJ determinó que existe consenso entre las partes sobre el derecho aplicable y, particularmente, que la inmunidad está regulada por el derecho internacional consuetudinario.⁹ Según se indicó, su competencia material en el caso es determinar el alcance de esta costumbre internacional, conforme el artículo 38 de su Reglamento.¹⁰ En adelante, la mayoría de la CIJ la denominará como “regla de inmunidad de los Estados (*the rule of State immunity*)”.¹¹

Entonces, para la mayoría de la CIJ, la regla de inmunidad de los Estados ante tribunales extranjeros deriva del principio de soberanía, central en el sistema de la ONU, y es entendido, además, como parte del principio de soberanía de cada Estado sobre su *territorio*.¹²

⁷ El tiempo, en su relación con el derecho, sí será tenido en consideración por la mayoría de la CIJ para analizar su competencia en el caso. En este sentido, analizó la limitación temporal contenida en la Convención Europea para el arreglo pacífico de controversias (*European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes*) de 1961. Asimismo, el tiempo y el derecho volverá a ser tenido en consideración cuándo realizó la intertemporalidad del derecho aplicable, véase párrafo 58.

⁸ Riera, Ramiro, *La prescripción en el derecho internacional de los derechos humanos*, Argentina, Hammurabi, 2021, párrafos 32 y 33.

⁹ CIJ, *Mayoría*, párrafos 53 y 54.

¹⁰ CIJ, *Mayoría*, párrafo 55.

¹¹ CIJ, *Mayoría*, párrafo 56.

¹² CIJ, *Caso Alemania c. Italia*, sentencia del 3 de febrero de 2012, párrafo 56.

Convencionalmente, el *territorio* es uno de los elementos constitutivos de los Estados¹³ y, como tal, es decisivo “para definir el ámbito del ejercicio legítimo de la violencia [...] de un Estado nación [y, asimismo,] para definir cuestiones procedimentales de orden organizativo de los derechos procesales internos”.¹⁴ Por ello, este caso presenta también la complejidad de incorporar al análisis el impacto del ejercicio *ilegítimo* de la violencia de un Estado sobre el *territorio* (propio como ocupado) y la posible *impunidad* derivada de la regla de inmunidad de jurisdicción de los Estados.

Precisamente, la defensa que planteó la República de Italia ante la CIJ es un ataque a la noción del ejercicio de actos soberanos del Estado sobre el *territorio*: (i) al establecer argumentos de defensa específicos para aquellos crímenes internacionales cometidos por las fuerzas armadas de Alemania que iniciaron su ejecución en territorio italiano; y (ii) subsidiariamente, al alegar la ilegalidad internacional en el ejercicio de la violencia por parte de Alemania sobre las víctimas italianas deportadas al territorio alemán.

Asimismo, los tribunales locales italianos, pero especialmente la *Corte Costituzionale*, al resolver el caso No. 238/2014, reforzaron la relación del derecho con el *territorio* al sumar como argumento el deber de Italia de garantizar en su territorio el derecho humano de acceso a la justicia, especialmente el derecho a un recurso efectivo y reparación adecuada cuándo se trata de graves violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, los dos jueces permanentes de la CIJ que emitieron sus votos disidentes sí plantearon la existencia de un límite a la regla de inmunidad de jurisdicción de los Estados debido a las obligaciones que surgen para un Estado sobre el territorio ante graves violaciones a los DDHH y al DIH. Así, el juez Cançado Trindade fundamentó su razonamiento bajo el imperativo de *realización de justicia*, con argumentos que contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional con base en consideraciones fundamenta-

¹³ Véase la costumbre internacional que surge de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, 1933, artículo 1o.: “El Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: [...] 2. Territorio determinado”. Esta Convención no se encuentra en vigor.

¹⁴ “La sensibilidad moderna ... se estructuró bajo dos categorías diferentes y complementarias: el espacio y el tiempo. [...] Desde el punto de vista del derecho, el concepto de lugar o territorio cumplió la función que el espacio tiene en la filosofía”, Riera, Ramiro, *op. cit.*, p. 23.

les de humanidad,¹⁵ acuñando el término *delicta imperii* para el cuál no hay inmunidad.

Igualmente, el juez Yusuf sustentó que la protección internacional de los derechos humanos, particularmente el derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH, impacta sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados, siendo exigible la realización de un balance sustentado en la proporcionalidad y legitimidad respecto de la norma consuetudinaria.¹⁶

Además, para ambos jueces, en el *cas d'espèce* fue esencial que Alemania había reconocido la ilegalidad de sus actos y el derecho de las víctimas a obtener una reparación. De hecho, confirman que es la primera vez que analizan un caso en donde el mismo Estado reconoce su responsabilidad por hechos ilícitos.¹⁷

En consecuencia, a continuación, luego de determinar el alcance del derecho humano de acceso a la justicia, se analizarán en profundidad las sentencias de la CIJ de 2012 y de la *Corte Costituzionale* de 2014, teniendo en consideración la relación entre Estado y territorio, el tiempo y el derecho, el derecho procesal que surge de la norma consuetudinaria de inmunidad de los actos de Estados ante tribunales extranjeros, para concluir sobre su impacto en el derecho de acceso a la justicia, relativo a las reparaciones no punitivas ante graves violaciones a los DDHH y al DIH.

III. El acceso a la justicia como derecho humano

El acceso a la justicia es piedra angular en la protección de los derechos humanos.¹⁸ Su alcance es amplio, ya que no se limita al acceso formal a la instancia

¹⁵ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade, 3 febrero 2012, párrafos 2 y 5.

¹⁶ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, voto en disidencia a la sentencia del juez Yusuf, 3 febrero 2012, párrafo 1.

¹⁷ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade, 3 de febrero de 2012, párrafo 24.

¹⁸ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *The access of individuals to international justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, Abstract.

judicial, sino que conlleva el derecho a obtener justicia.¹⁹ En consecuencia, abarca el derecho a reparación.²⁰

Su efectivo goce se relaciona con las garantías generales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: derecho a ser oído, derecho a un plazo razonable y derecho a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a una resolución motivada.²¹

Conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el artículo 8.1 de la CADH consagra el derecho de acceso a la justicia.²² En consecuencia, “los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos”.²³ Al mismo tiempo, en su deber de garantía, los Estados deben eliminar toda norma o práctica del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a la justicia.²⁴

En el contexto de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte IDH determinó que las obligaciones de garantía de acceso a la justicia se ven reforzadas, dado que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación o imposibilidad de obtención de pruebas.²⁵ Asimismo, el artículo 25.1 de la CADH determina la obligación de los Estados de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, sustanciados conforme el debido proceso legal establecido en el artículo 8.1 de la CADH.²⁶

¹⁹ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

²⁰ *Ibidem*, Abstract.

²¹ *Cuadernillo de jurisprudencia No. 12: Debido proceso*, elaborado por la Corte IDH, con la colaboración de la cooperación alemana, 2022.

²² Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie No. 97, párrafo 50; Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 26 de noviembre de 2028, Serie No. 190, párrafo 95.

²³ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97, párrafo 54.

²⁴ Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 190, párrafo 95.

²⁵ Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 285, párrafo 139.

²⁶ Corte IDH, *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 28, párrafo 435.

El derecho al recurso como acceso a la justicia ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, principalmente en relación con el derecho a la verdad y las reparaciones punitivas.²⁷ Sin embargo, desde 2018, la Corte IDH determinó la garantía del derecho al acceso a la justicia y un recurso efectivo en relación con reparaciones no punitivas, vinculadas con la tutela de derechos al trabajo²⁸ y el acceso a la salud.²⁹

Particularmente, en el caso *Órdenes Guerra y Otros c. Chile*, determinó la violación del derecho al acceso a la justicia como consecuencia del acto de rechazo de las autoridades judiciales de las demandas civiles interpuestas por los familiares de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.³⁰ En su sentencia, en el análisis del alcance del allanamiento del Estado, la Corte IDH analizó el instituto jurídico de la prescripción en las acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones a los derechos humanos de conformidad con el *soft law* y la jurisprudencia aplicable.³¹ Así, determinó que el Estado es responsable de la violación del derecho de acceso a la justicia, en los términos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en perjuicio de un grupo de víctimas, al no garantizar el acceso a una declaratoria judicial de responsabilidad estatal, ya sea para que se efectúe una determinación de daños o para cuestionar la suficiencia o efectividad de las reparaciones recibidas con anterioridad.³²

En consecuencia, la Corte IDH ha reconocido el deber convencional del Estado de garantizar a los individuos el acceso a la justicia para las reparacio-

²⁷ Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párrafos 346-349; Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de marzo de 2017, Serie C, núm. 334, párrafo 131; *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y otros vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, núm. 407.

²⁸ Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C, núm. 348.

²⁹ Corte IDH, *Caso Tabares Toro y otros vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de mayo de 2023, Serie C, núm. 491.

³⁰ Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 372.

³¹ Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 372, párrafos 78-100.

³² Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 372, párrafos 100-102.

nes no punitivas en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Es decir, la regla de la prescripción de la acción, incorporada en el derecho interno, es inoponible ante la obligación convencional de garantía del acceso a la justicia y reparación no punitiva de las víctimas de graves violaciones al DIDH y al DIH.³³

En el sistema de Naciones Unidas, desde 1993, el relator sobre el derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación por graves violaciones a los derechos humanos indicó que la figura de la prescripción —que priva a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos de acceder a las reparaciones a las que tienen derecho— no debe ser aplicada por los Estados, particularmente cuándo se trata de los crímenes más odiosos, cuyo paso del tiempo no borra las huellas, sino que las incrementa.³⁴

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos adoptó los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad y determinó que la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación.³⁵ En 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, que establece que la prescripción de las acciones civiles no debería ser excesivamente restrictivas.³⁶ En conclusión, dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es una obligación convencional de los Estados garantizar el acceso a la justicia, que conlleva la existencia de un recurso para obtener reparaciones en contexto de graves violaciones a los derechos humanos. Este derecho no puede

³³ En la República Argentina, conforme la Ley núm 27.586 del 16 de diciembre de 2020, las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. En la República de Chile, la Corte Suprema determinó que las disposiciones de derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización no son aplicables en relación con actos calificables como lesa humanidad, por estar en contradicción con el derecho internacional de los derechos humanos, véase Corte Suprema de Justicia de Chile. 23583-2014. Imprescriptibilidad de la acción reparatoria en contra del Fisco por violación a derechos humanos, 20 de mayo de 2015.

³⁴ CDH-ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, párrafo 135.

³⁵ CDH-ONU, E/CN.4/2005/102, principios 23 y 32, 18 de febrero de 2005.

³⁶ Asamblea General (AG). A/RES/60/147, principio 7, 21 de marzo de 2006.

verse obstaculizado por la normativa procedimental existente sobre la prescripción de la acción civil. No obstante, dentro del sistema universal, las normas vinculantes son de *soft law* y permiten restricciones procedimentales al recurso para obtener reparaciones en igual contexto, sujetas a un criterio de razonabilidad.

IV. Análisis de la sentencia de la mayoría de la CIJ

1. *Los argumentos de las partes en relación con el acceso a la justicia y el derecho a reparación no punitiva*

En la controversia planteada ante la CIJ, con sustento en argumentos que hacen al fondo del asunto, la demandante interpuso una excepción preliminar. Así, Alemania indicó en su demanda que la CIJ no tiene competencia *ratione temporis* para analizar el derecho a reparación por hechos cometidos entre 1943 y 1945, por ser anteriores a la Convención Europea para el Arreglo Pacífico de Controversias de 1961 que le otorga competencia para resolver la controversia.³⁷

Por su parte, Italia y Grecia sí incorporaron cómo argumento la tensión que puede existir entre una norma sustancial (el deber de garantizar el acceso a la justicia) y una norma procesal (la inmunidad de Estados). De este modo, los Estados demandados presentaron argumentos relacionados con el derecho de acceso a la jurisdicción civil de las víctimas de graves violaciones a los DDHH como al DIH y el obstáculo que representa su posible limitación debido a una norma consuetudinaria. Esencialmente, la inmunidad absoluta de jurisdicción de los Estados por actos *jure imperii*, establecida como regla “procedimental” para la mayoría de la CIJ.³⁸

De hecho, junto con su memorial de contestación, la República de Italia interpuso una contra demanda por el incumplimiento de Alemania de la obligación internacional de reparar a las víctimas por graves violaciones al DIH. El argumento fáctico de Italia se sustentó en el vínculo que existe entre inmunidad y reparación,³⁹ en relación con hechos que quedaron por fuera de

³⁷ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia, 3 de febrero de 2012, párrafo 46.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 58.

³⁹ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia, Contra-Demanda*, 22 diciembre 2010, párrafo 7.8.

los programas de reparación alemán: militares italianos reclusos y víctimas de masacres.⁴⁰

Es decir, Italia inició una nueva controversia entre Estados en defensa de su población, en aplicación de la clásica figura de protección diplomática. También, solicitó el cese del incumplimiento y que Alemania cumpla de forma efectiva como apropiada con su obligación mediante la incorporación de un mecanismo de reparación.⁴¹ De esta manera, le requirió a la CIJ que analice sobre el fondo del asunto la existencia de víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH que no han recibido reparaciones civiles.

2. La decisión de la mayoría de la CIJ

A. La relación entre tiempo y derecho

En su resolución, la mayoría de la CIJ aceptó la excepción preliminar interpuesta por Alemania y rechazó la contra demanda de Italia por falta de competencia *ratione temporis*,⁴² dado que los hechos acaecidos quedan por fuera de su competencia. Con ello, la CIJ desistió tratar cualquier argumento vinculado con el derecho de acceso a la justicia y reparación de las víctimas.

Así, la mayoría de la CIJ se limitó a indicar que fácticamente no hay duda respecto a que las ejecuciones extrajudiciales, deportaciones y trabajo forzoso en relación a la población de los territorios italianos ocupados por Alemania constituyen crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, ambos en los términos del Estatuto de Nuremberg, artículo 6 (b) y (c), es decir una seria violación al DIH, aplicable a los hechos ocurridos entre 1943-1945, que dio lugar a tribunales que condenaron a los responsables.⁴³ Sin embargo, confirmó que su competencia temporal es únicamente para determinar si el actuar

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 7.9. Al mismo tiempo, Italia propone como posible solución de la controversia una negociación interestatal. Es decir, si bien reconoce el derecho a reparación, determina que una solución posible es mediante una solución negociada entre ambos Estados, es decir mediante el mecanismo de *protección diplomática* de las víctimas italianas. Véase *Ibidem*, párrafo 7.13.

⁴¹ *Ibidem*, párrafos 7.2. y 7.11.

⁴² CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia del 3 de febrero de 2012, párrafo 38, véase *Reglamento CIJ*, artículo 80.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 52.

de los tribunales italianos entre 2004 y 2011 están obligados a reconocer la inmunidad de Alemania.⁴⁴

Entonces, no se infringe el principio de irretroactividad dado que aplica el derecho contemporáneo de inmunidad de jurisdicción de Estados al momento de los hechos de su competencia, esto es, los actos de los tribunales domésticos italianos, y no a los actos cometidos por Alemania entre 1943-1945.

Si bien el argumento del derecho a la jurisdicción y a un remedio efectivo quedó fuera de análisis al ser rechazada la contra demanda, según Italia, subsistió el argumento conforme sostuvieron en la defensa,⁴⁵ esto es mediante el planteo de la relación entre inmunidad y derecho a reparación.⁴⁶ Es decir, si el cumplimiento de la obligación de reparar justifica el no cumplimiento de la norma consuetudinaria de inmunidad.⁴⁷ Justamente, estos argumentos, presentados en la parte escrita como oral y contestados por Alemania, fueron el sustento fáctico del voto disidente del juez Cançado Trindade.⁴⁸

En consecuencia, al aceptar la excepción preliminar, la mayoría de la CIJ evitó tener que resolver sobre el fondo del asunto: el derecho a reparación por las graves violaciones a los DDHH y al DIH cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y la obligación de que no existan obstáculos procedimentales. Sin embargo, creemos que otra solución era posible, tal como evidencias los votos en disidencia.

B. *El alcance de la costumbre internacional: actos de imperio, incluso cuándo se trate de graves violaciones a los DDHH y al DIH*

La mayoría de la CIJ reconoció que fue convocada para analizar únicamente el alcance de los actos *jure imperii* del Estado alemán, aunque sean ilegales.⁴⁹ Recordemos que se trata de un actuar ilegal que conlleva los peores crímenes de posible comisión contra la comunidad internacional. La jurisdicción *ratione temporis* fue cercenada a los hechos de los tribunales italianos que receptaron las acciones de particulares contra Alemania, entre 2004 y 2011.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 53.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 47.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 45.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 50.

⁴⁸ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade, 3 febrero 2012.

⁴⁹ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia, 3 febrero 2012, párrafos 60 y 61.

Por ello, en la sentencia, la mayoría de la CIJ se limitó a analizar el alcance de la norma consuetudinaria de inmunidad de jurisdicción de los Estados, su lugar en las relaciones pacíficas entre los Estados y su relevancia al momento de los actos, esto es la intervención de los tribunales italianos.⁵⁰

La mayoría de la CIJ reconoció que resolvió la disputa tal como fuera planteada por las partes.⁵¹ Por un lado, los argumentos de Alemania se sustentaron en que el alcance de la norma consuetudinaria en disputa no había cambiado; entonces, los actos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas son de imperio, gozan de absoluta inmunidad, aunque sean cometidos en territorios ocupados y sean ilegales. Por otro lado, los argumentos de Italia se sustentaron en la ilegalidad de los actos como una excepción a la inmunidad de los actos de imperio y el deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia. De este modo, Italia presentó tres argumentos centrales:

- *Primero*, el principio de responsabilidad territorial, en dónde la costumbre internacional se ha desarrollado al punto de no reconocer la inmunidad de un Estado por los actos de sus fuerzas armadas que ocasionen muerte o daños a la propiedad en el territorio de otro Estado.⁵² En este sentido, buscó limitar el alcance de los actos soberanos del Estado protegidos por la norma consuetudinaria, que ocurran en su territorio o en territorios ocupados.
- *Segundo*, la necesidad de aplicar derecho combinado, lo que en su criterio permitiría el rechazo de la inmunidad: (i) por la naturaleza de los actos, graves violaciones al DIH, que implicaron crímenes de guerra y lesa humanidad; y, (ii) porque las normas controvertidas forman parte del *ius cogens*. De este modo, aunque sin remisión expresa, incorporó el criterio de interpretación sistémica del derecho internacional.⁵³
- *Tercero*, la justificación de la actuación de los tribunales italianos por ser la última acción posible (*last resort*), ya que otras acciones a las víctimas les fueron denegadas.⁵⁴

⁵⁰ *Ibidem*, párrafos 56-58. Véase *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos*, artículo 13.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 44.

⁵² *Ibidem*, párrafo 62.

⁵³ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 80.

Respecto al *primer* argumento, sobre el principio de responsabilidad territorial planteado por Italia, la mayoría de la CIJ analizó los instrumentos internacionales sobre inmunidad de los Estados, ciertas leyes locales y jurisprudencia local, con el objeto de identificar la práctica uniforme. Al respecto, concluyó que los actos de las fuerzas armadas cometidos durante un conflicto armado en un territorio bajo su control, aunque ilegales, deben ser interpretados como actos de *jure imperii* y que, como tales, no admiten una práctica que establezca excepciones.⁵⁵

Respecto del *segundo* argumento, la mayoría de la CIJ determinó que el amplio alcance del estándar de protección combinado fue presentado de forma tardía, ya que surgió en la Audiencia de Fondo.⁵⁶ Es posible que se haya tratado de un perfeccionamiento de la defensa técnica, por la madurez propia que alcanza el análisis y desarrollo de una temática conforme avanza el proceso contencioso.

Entonces, el pedido de interpretación sistémica del derecho internacional fue rechazado por la mayoría de la CIJ al confirmar que la regla de inmunidad es procesal. Por lo tanto, para la mayoría de la CIJ, la inmunidad que tiene un Estado es a todo el proceso.⁵⁷ Es decir, el tribunal local debe rechazar la acción de forma preliminar, antes de entender en el fondo del caso. De lo contrario, si la pérdida de inmunidad se diera por tratarse de actos relativos a graves violaciones a los DDHH o al DIH, entonces sería necesario que el tribunal doméstico analice el fondo para determinar si tiene jurisdicción.

Al mismo tiempo, la mayoría de la CIJ sostuvo que el argumento del estándar combinado solo es compartido por los tribunales domésticos de Grecia (caso *Distomo*), pero rechazado por los tribunales locales de Canadá, Eslovenia, Polonia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.⁵⁸ Aquí, nuevamente analizó el elemento de la práctica uniforme de la norma consuetudinaria para corroborar que no existe la alegada excepción.

Igualmente, resolvió que no encontró otra práctica estatal en dónde los tribunales domésticos no aplicaron la norma consuetudinaria de inmunidad jurisdicción de Estados por la “gravedad” del acto o por la naturaleza impe-

⁵⁵ *Ibidem*, párrafos 63-72. Incluso, concluyó que el principio de responsabilidad civil sobre el territorio existente en Alemania (*territorial tort principle*) no remueve la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Véase párrafo 75.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 80.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 82.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafos 81-83.

rativa de la norma.⁵⁹ Incluso, sostuvo que el requerimiento de interpretación sistémica habría sido rechazado por los tribunales domésticos de Canadá, Francia, Eslovenia, Nueva Zelanda, Polonia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.⁶⁰

Asimismo, la mayoría de la CIJ estableció que el precedente *Pinochet* no es aplicable porque, por un lado, se trata de la inmunidad de Jefe de Estado para la jurisdicción penal de otro Estado, que es diferente a la inmunidad de los Estados. Por otro lado, sostuvo que la racionalidad del juzgamiento de Pinochet tuvo sustento en la Convención contra la Tortura Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1984, que no fue traído por las partes en el presente caso.⁶¹

Luego, indicó que la gravedad de los actos no es mencionada en las normas convencionales que regulan la inmunidad de los Estados, como tampoco en las legislaciones locales. Si bien la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1999 identificó que puede existir una relación entre inmunidad de Estados y violación a normas de *ius cogens* que no debe ser ignorada, según la mayoría de CIJ, la CDI no recomendó ninguna reserva o enmienda al proyecto del texto sobre la convención, elevando la temática a la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU, quién tampoco introdujo modificación alguna en 2004.⁶²

En este sentido, se advierte que al analizar la doctrina, la mayoría de la CIJ dejó de lado el trabajo desarrollado en el ámbito de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones.⁶³

Según la mayoría de la CIJ, este criterio de no admitir excepciones a la regla procesal por la gravedad de los actos es compartido por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁶⁴ En 2001, dicho Tribunal, mediante una ajustada sentencia de 9 votos contra 8, concluyó que no surge de los elementos jurídicos base suficiente para determinar que los

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 84.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 85.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 87.

⁶² *Ibidem*, párrafo 89.

⁶³ Véase *supra* III.

⁶⁴ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia del 3 de febrero de 2012, párrafo. 90.

Estados pierden el derecho a la inmunidad soberana ante acciones civiles en relación con actos de tortura.⁶⁵

De hecho, el TEDH rechazó el argumento relativo a la negativa de Grecia a ejecutar el caso *Distomo*, con sustento en que no surge que la norma de derecho consuetudinario de inmunidad de ejecución de los Estados encuentre excepción ante daños cometidos por crímenes de lesa humanidad.⁶⁶ En consecuencia, la mayoría de la CIJ determinó que un Estado no pierde inmunidad por el hecho de ser acusado de violar el DIH.⁶⁷

Respecto del argumento sobre las normas de *ius cogens* violadas por Alemania, la mayoría de la CIJ lo rechazó sosteniendo que no existe conflicto entre las obligaciones que surgen de las normas imperativas y la inmunidad de los Estados. Además de poner en duda si son normas imperativas, la prohibición de asesinato de civiles en territorio ocupado, la deportación de civiles y su sometimiento a trabajo forzoso, los jueces rechazaron el argumento bajo el sustento que ambas normas responden a diferentes criterios.⁶⁸ Entonces, para la mayoría de la CIJ, la regla de inmunidad es de carácter procesal y, por ello, no hay lugar para el cuestionamiento sobre la ilegalidad de los actos del Estado.

Luego, la mayoría de la CIJ analizó el alcance de los artículos 40 y 41 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos. Los jueces indicaron que estos artículos no se infringen dado que la aplicación de la regla de inmunidad de Estados no implica reconocer la legalidad de una situación creada por violación a normas de *ius cogens*, cómo tampoco conlleva analizar si se continúa manteniendo la situación y surgen obligaciones para ponerles fin.⁶⁹

Este último argumento encuentra sentido, acorde el razonamiento expuesto por la mayoría del Tribunal, dado que la inmunidad de Estados soberanos opera cómo una excepción preliminar del proceso, que no conlleva un análisis del fondo. En estos términos, se concluye que la mayoría de la CIJ equipara la regla consuetudinaria en disputa con cualquier otra regla procesal, por ejemplo, la excepción preliminar por prescripción de la acción.

⁶⁵ Véase TEDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido de GB e IN*, aplicación No. 35763/97, sentencia del 21 de noviembre de 2001.

⁶⁶ Véase TEDH, *Kalogeropoulou y otros vs. Grecia*, aplicación No. 59021/00, decisión del 12 de diciembre de 2002.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 91.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 92.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 92.

Asimismo, los jueces de la CIJ concluyeron que si bien es conocida abiertamente la ilegalidad de los actos cometidos por Alemania entre 1943-1945, tampoco el argumento de la obligación del Estado de reparar modifica el alcance de la norma procesal. Ello, dado que el deber de reparar es una norma que existe de forma separada incluso de aquellas otras sustanciales sobre las que tiene efecto, siendo independiente de las reglas de inmunidad.⁷⁰ Con este razonamiento, la mayoría de la CIJ evidenció que decide no aplicar una interpretación sistémica entre la norma consuetudinaria y las obligaciones que surgen del DIDH o del derecho internacional general.

Incluso, los jueces cuestionaron que dentro del derecho internacional exista una regla que requiera la reparación total (*full compensation*) de forma individual a cada víctima sobre la que ninguna derogación está permitida.⁷¹ En este sentido, aceptaron el argumento presentado por Alemania, quién cuestionó el alcance del derecho a reparación total de las víctimas en contextos de conflictos armados y la posibilidad de que queden víctimas sin reparar.⁷²

Este último argumento contrasta con los trabajos realizados por otro de los órganos permanentes de las Naciones Unidas, particularmente la Asamblea General. Además, los jueces de la CIJ subsumieron el análisis de la “reparación total” bajo las reglas de reparaciones del derecho internacional, escindiéndolas de los estándares que surgen del DIDH, particularmente el alcance del acceso a la justicia y reparaciones en contexto de graves violaciones a los derechos humanos.

Luego, indicaron que la regla procesal de inmunidad de Estados no deroga las normas sustantivas de *jus cogens*, como tampoco hay nada en estas últimas que requieran la modificación de las primeras.⁷³ Por consiguiente, los jueces realizaron una tajante división entre normas procesales y normas sustantivas, estableciendo que no tienen vínculo alguno.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 94.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 94.

⁷² CIJ, *Caso Alemania vs. Italia, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade*, 3 de febrero de 2012, párrafo 29 (“*Likewise, in the course of the oral proceedings [...] counsel of Germany stated that: “[...] If victims or descendants of victims feel that these mechanisms were not sufficient, we do regret this”*”).

⁷³ CIJ, *Caso Alemania c. Italia*, sentencia, 3 de febrero de 2012, párrafo 95. Cita en apoyo los antecedentes ante la CIJ Actividades Armadas en la República Democrática del Congo (Rep. Democrática del Congo vs. Ruanda, 2002) y Caso relativo a orden de arresto (Rep. Democrática del Congo vs. Bélgica, 2000).

De hecho, nuevamente con énfasis en la búsqueda de la uniformidad de la práctica, los jueces sostuvieron que el argumento sobre la posibilidad de que la violación de normas imperativas desplace las normas procesales de inmunidad de Estados fue rechazada por las cortes de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Polonia, Eslovenia, Nueva Zelanda y Grecia, siendo aisladas las decisiones de las cortes italianas.⁷⁴

Sin embargo, se considera que estos últimos argumentos podrían ser rebatibles. Primero, por el desarrollo jurisprudencial internacional y doctrinario que establece, al menos desde 2018, que el derecho humano de acceso a la justicia para la reparación no punitiva de las víctimas de graves violaciones a los DDHH requiere del Estado la obligación de garantizar que no existan obstáculos procesales. Segundo, porque la práctica reiterada en el tiempo de Italia y de Grecia pueden generar una propia uniformidad, hasta el punto de comenzar a ser considerados objetos.

En relación con el *tercer argumento*, la acción ante tribunales italianos como la última opción posible para obtener reparación, la mayoría de la CIJ rechazó los argumentos de Italia y, en su lugar, aceptó los de Alemania. En este sentido, reconoció el esfuerzo que hizo el Estado alemán para asegurar la reparación de las víctimas italianas de crímenes de guerra y lesa humanidad, aunque le reprocharon que hasta 2001 dejó por fuera de las reparaciones a los prisioneros de guerra sometidos a trabajo forzoso. Justamente, este último grupo de víctimas son los que iniciaron las acciones en los tribunales italianos.

En consecuencia, la mayoría de la CIJ resolvió el argumento mediante un llamado de atención al Estado alemán y no, como debería haber realizado, a través de un análisis en particular sobre la posibilidad de que los tribunales italianos sean realmente la última posibilidad para las víctimas, adultos mayores al 2004.

Por el contrario, mediante un análisis abstracto, los jueces indicaron que no hay indicios en la práctica que permitan determinar la regla de inmunidad de los Estados, depende de la existencia de alternativas que aseguren la reparación.⁷⁵ Al mismo tiempo, resolvieron aplicando figuras del derecho internacional clásico, en tanto se cuestionaron sí fácticamente era posible que los

⁷⁴ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia del 3 de febrero de 2012, párrafo 96. La mayoría de la CIJ reconoce que deja por fuera otro caso aislado, de las cortes de Francia, porque si bien reconoció que la violación de normas de *jus cogens* puede ser una restricción a la inmunidad de los Estados, finalmente no lo aplicó para resolver el caso.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 100-101.

tribunales domésticos controlen los acuerdos de reparación inter-Estatales, su consiguiente aplicación y la posibilidad de acción de una víctima que no haya recibido compensación monetaria.⁷⁶ En resumen, no hay una sola referencia a las obligaciones de los Estados que surgen para con los individuos en virtud del DIH y el DIH; en su lugar, analizar los hechos del caso bajo la óptica exclusiva de la relación Estado-Estado.

Para concluir, en primer lugar, la mayoría de la CIJ aplicó la relación tiempo y derecho para determinar que es competente solo para analizar los actos de los tribunales italianos, entre 2004 y 2011. Igualmente, utilizó esta relación para establecer que el derecho aplicable es el contemporáneo y que, por lo tanto, no existe una violación al principio de irretroactividad de las normas.

En segundo lugar, la mayoría de la CIJ consideró que la norma consuetudinaria de inmunidad de Estados es procesal. Por lo tanto, los jueces resolvieron que no era necesario analizar sobre el fondo del asunto, lo que hubiera implicado analizar el impacto de la ilegalidad de los actos de las fuerzas armadas y el lugar de comisión, con el consecuente derecho de acceso a la justicia.

Concretamente, para la mayoría de la CIJ, cuando se trata del cuestionamiento de actos de imperio, la regla procesal de inmunidad inhibe de formar preliminar la acción interpuesta ante los tribunales locales, incluso aunque se trate de actos ilegales graves como lo son los crímenes de guerra y lesa humanidad.

En aplicación de conceptos de derecho internacional clásico y sin una interpretación sistémica, los jueces establecieron que no impacta el fondo del asunto sobre la práctica uniforme de la norma consuetudinaria. Por ello, el eje de la resolución, para la mayoría de la CIJ, fue que no se comprobó que en la práctica las normas sustanciales, ya sea por su gravedad o por ser normas imperativas, operen como una excepción a la regla procesal de inmunidad de los Estados.

Como resultado, para la mayoría de la CIJ, tampoco funciona como una excepción el derecho a reparación de las víctimas de graves violaciones a los DDHH y DIH, ya que se trataría de otro tipo de normas, incluso diferente a las sustanciales, que no entran en conflicto con la inmunidad —norma procesal y clásica del derecho internacional en la relación entre Estados—. En su lugar, trataron a las víctimas como un grupo indeterminado y no analizaron

⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 102.

el derecho individual a la reparación como derecho fundamental, dejando su solución en las relaciones Estado-Estado mediante acuerdos bilaterales.

En consecuencia, para la mayoría de la CIJ la interpretación sistémica del derecho internacional no tiene lugar. Por ello, se coincide con las críticas realizadas sobre esta sentencia por el juez Cançado Trindade en su voto disidente. Especialmente, porque no analizó la figura de la inmunidad en relación con la impunidad ante graves violaciones a los DDHH como al DIH.

V. El voto disidente del juez Cançado Trindade

En su disidencia a la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012, el juez Cançado Trindade analizó el caso bajo el imperativo de *realización de justicia*, a diferencia de la mayoría de la CIJ que resolvió bajo el imperativo del derecho internacional clásico.

Primero, Cançado Trindade indicó que el contexto jurídico aplicable se compone del desarrollo progresivo del derecho internacional, es decir la interpretación dinámica del derecho acorde al correr de los tiempos, especialmente cuándo se trata de consideraciones basadas en la humanidad por violaciones a los DDHH como al DIH.⁷⁷

En este sentido, indicó que la presunta tensión planteada desaparece si se tiene en consideración el reconocimiento de Alemania de su responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, la aplicación del desarrollo progresivo del derecho de acceso de las víctimas al derecho (*droit au Droit*), la premisa de que nunca se debe prohibir a las víctimas de la primacía de la *recta ratio* y el derecho individual a la reparación.⁷⁸

Al respecto, cuestionó que la reparación de las víctimas sea una facultad exclusiva de la relación Estado-Estado en sus acuerdos transicionales y, particularmente, determinó que estos no pueden acordar la *renuncia* de las víctimas a la acción de reparación.⁷⁹ Principalmente porque para Cançado Trindade, con quien coincidimos, la titularidad del derecho a reparación la tienen los individuos y no depende de una prerrogativa del Estado.

⁷⁷ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade, 3 de febrero de 2012, párrafos 1 y 2.

⁷⁸ *Ibidem*, párrafos 5 y 6.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 4, § IX.

Para Cançado Trindade, en el contexto de *graves* violaciones a los DDHH como al DIH, la responsabilidad penal de los individuos está totalmente vinculada con la responsabilidad de los Estados. Es decir, ambas responsabilidades —punitiva y no punitiva— se complementan.⁸⁰

Reconoció que el deber de reparar por graves violaciones al DIH surge de la Convención de la Haya de 1907, artículo 3, reforzado por el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, con el alcance establecido en la Regla 150 de costumbre internacional conforme la codificación realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y, además, el artículo 33(2) del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos.⁸¹

Para el jurista, esta obligación de reparar, general, no está únicamente en cabeza del Estado vencedor sobre el Estado vencido —conceptos clásicos del derecho internacional—, sino que confiere derechos directamente a las víctimas con la finalidad de poner un límite a la *impunidad*.⁸²

En suma, determinó que el foco debe estar puesto en el derecho que surge de las convenciones multilaterales en relación con los individuos, como primacía de la regla de derecho aplicable, tanto en el ámbito nacional como internacional. Por ello, estableció la necesidad de analizar el caso más allá de la relación Estado-Estado.⁸³

1. *El derecho a reparar en contexto de graves violaciones a los DDHH y al DIH: la relación entre el tiempo y derecho*

El juez Cançado Trindade analizó el principio de inter-temporalidad del derecho, conforme los argumentos fueron presentados por las partes: de forma restringida por Alemania, cercenado al absolutismo de la regla al momento

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 59. Ello, conforme el desarrollo jurisprudencial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Véase párrafos 60 y 61.

⁸¹ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade*, 3 de febrero de 2012, párrafos 66-68. La A/RES/60/147 de la Asamblea General de la ONU es introducida como respuesta al argumento alemán, que esta no reproduce costumbre internacional existente, sino que tiene la intención de proponer su surgimiento. Véase párrafo 75.

⁸² *Ibidem*, párrafo 68.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 153.

de la comisión de los actos; de forma amplia por Italia, mediante la interpretación evolutiva de la regla, teniendo en cuenta su desarrollo progresivo.⁸⁴

De este modo, reconoció que la regla de inmunidad de los Estados ha evolucionado con el paso del tiempo, que no es estática. Por lo tanto, determinó que carece de sentido analizar la regla únicamente al momento de la comisión de los actos y se requiere una interpretación evolutiva que abarque el derecho a reparación de las víctimas individuales.⁸⁵ Asimismo, determinó que bajo el principio de inter-temporalidad del derecho subyace la efectividad de las normas internacionales, como vectores de transformación social en los nuevos tiempos.⁸⁶

En su argumentación jurídica, aplicó el principio de inter-temporalidad según el alcance determinado en el arbitraje *Islas de Palmas*: la existencia del derecho debe seguir las condiciones requeridas por su evolución. Igualmente, sustentó su argumento en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia, que incorporó la noción de evolución del derecho abarcadora del *corpus juris gentium* en el tiempo.⁸⁷ Es decir, una interpretación del derecho internacional conforme al correr de los tiempos y sistémica.

Asimismo, citó como fuentes doctrinarias los trabajos del *Institut de droit International*, que entre 1973-1975 establecieron el conocimiento generalizado de que fue un error aplicar el derecho internacional como estático y que se debe interpretar de forma inter-temporal.⁸⁸

El principio de interpretación dinámica del derecho internacional conforme al correr de los tiempos ha sido desarrollado y utilizado reiteradamente por la Corte IDH. Aunque estas sentencias no las citó como fuente para este argumento, sí utilizó citas de la Corte IDH, por ejemplo, para determinar el impacto del concepto de graves violaciones a los DDHH y al DIH en el derecho a reparar de las víctimas.⁸⁹

También, Cançado Trindade hizo un análisis entre tiempo y derecho, cuando aplicó como fuente jurídica el desarrollo doctrinario, conforme el artícu-

⁸⁴ *Ibidem*, párrafos 7-9.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafos 10 y 11.

⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 14.

⁸⁷ *Ibidem*, párrafos 10, 11 y 14. Véase nota 12, CIJ, *Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia*, 1971.

⁸⁸ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade*, 3 de febrero de 2012, párrafo 12.

⁸⁹ *Ibidem*, párrafos 61 y 62.

lo 38 del Reglamento de la CIJ. Así, reconoció los trabajos de los juristas contemporáneos al momento de la comisión de los actos ilícitos y posteriormente.⁹⁰ Igualmente, analizó los trabajos de instituciones académicas desde el siglo XIX hasta la actualidad, que vendrían a contradecir los argumentos de la mayoría de la CIJ, esto es que la ilegalidad de los actos atribuibles al Estado en un determinado territorio sí ha sido analizada como posible exclusión de la regla de la inmunidad.⁹¹

Como se muestra a continuación, el eje del análisis de estos trabajos doctrinarios es la relación entre Estado, *territorio* y derecho, cuándo los actos atribuibles al Estado son *ilegales*. Esencialmente, cuándo la ilegalidad corresponde a un crimen de guerra o lesa humanidad, en contexto de graves violaciones a los DDHH y al DIH.

2. *La ilegalidad de los actos como una excepción a la inmunidad de los actos de imperio de los Estados soberanos: la relación entre el territorio y el derecho*

En primer lugar, el juez Cançado Trindade indicó que es imposible en el presente caso abstraerse del contexto fáctico, puntualmente el reconocimiento de Alemania de su responsabilidad internacional por los actos ilícitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Por un lado, Alemania reconoció los actos *ilegales* y las severas violaciones al DIH por parte de sus fuerzas armadas durante la ocupación en Italia, en dónde la sociedad fue víctima de una guerra de agresión. Por otro lado, reconoció haber cometido una masacre el 10 de junio de 1944 en *Distomo*, territorio de Grecia, bajo el ejercicio sistémico de violencia extrema.⁹²

En segundo lugar, citó diversas fuentes doctrinarias para determinar el alcance del entonces incipiente DIDH, su impacto en las relaciones entre Estados y, esencialmente, el deber de los Estados sobre su jurisdicción. Por ejemplo,

- 1) *Albert de La Pradelle* contemporáneo a la Segunda Guerra Mundial, miembro de la *Advisory Committee of Jurist*, redactor del borrador el Es-

⁹⁰ *Ibidem*, párrafo §V.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo §VI.

⁹² *Ibidem*, párrafos 25-27, 30 y 31.

- tatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), quién en sus lecturas en el *Institut des hautes études internationales* en París, entre noviembre de 1932 y mayo de 1933, ponderó que el *droit des gens* trasciende la relación inter-Estados, como “derecho de la comunidad humana”, y exigió el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones vis-à-vis la persona humana dentro de su respectiva *jurisdicción*. Al mismo tiempo, determinó que es peligrosa la construcción de un derecho inter-Estatal aislado sustentado en el principio de soberanía.
- 2) *Max Huber*, juez de la CPJI. En un libro publicado en 1954 estableció que existen “valores superiores” por sobre los intereses de los Estados dentro del *jus gentium* como *droit de l’humanité*, que permite ver una reducción intuitiva respecto de los límites que impone el derecho, particularmente desde 1914 con motivo de los daños perpetrados dentro de las estructuras legales de los Estados. De allí que las Convenciones de Ginebra de 1949 tienen como eje la protección de la persona humana, independientemente de su nacionalidad, abogando por un *civitas máxima gentium*. Es decir, el jurista invocó el deber del Estado de protección de la persona humana que se encuentra en un territorio, en un contexto de conflicto armado, sin importar que mantenga una relación de nacionalidad.
 - 3) *Alejandro Álvarez*, juez de la CIJ. En su publicación de 1959, *Le droit international Nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, consideró que como consecuencia del cataclismo de la Segunda Guerra Mundial emanaron los principios de la “*international juridical conscience*”, preceptos pertenecientes al crimen contra la humanidad.⁹³

Luego, el juez Cançado Trindade compiló el trabajo de las instituciones de enseñanza del derecho internacional de aplicación esencial para el *cas d’espèce*. Así, del *Institut de droit international*, citó:

(i) El trabajo de 1891, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre le Etats, souverains ou chefs d’Etat étrangers*, cuyo artículo 4(6) estableció que la única acción admisible contra Estados extranjeros es la interpuesta por daños causados por delitos o cuasi-delitos cometidos en el territorio;⁹⁴

⁹³ *Ibidem*, párrafos 34-38.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 41.

(ii) El trabajo de 1954, *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers*, cuyo artículo 3 indicó que las cortes de un Estado pueden entender de acciones contra actos extranjeros cuándo se trate de actos no relacionados con su autoridad pública;⁹⁵

(i) El trabajo de 1991, *Contemporary Problems concerning the Immunity of States in relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement*, cuyo artículo 2(2)(e) estableció que para determinar la inmunidad del Estado era necesario determinar la sustancia del reclamo, siendo las cortes locales de un Estado competentes respecto de acciones vinculadas con actos ilegales cometidos en el territorio local, atribuibles a un Estado extranjero.⁹⁶

(ii) En 2001, en la Sesión en Vancouver, la resolución *Les immunités de juridiction et d'exécution da chef d'état et de gouvernement en droit international* estableció en el artículo 3 que respecto de las acciones civiles los jefes de Estados no tienen el derecho a la inmunidad de jurisdicción, salvo que se trate de actos ejercidos en su función pública.⁹⁷

(iii) En 2005, en la Sesión en Cracovia, en las conclusiones sobre *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, el artículo 3 (a) indicó que la jurisdicción universal debe ser ejercida sobre los crímenes internacionales identificados por el derecho internacional, cometidos en conflictos armados.⁹⁸

(i) En 2008, en la sesión de Nápoles, en la resolución *Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crime*, el artículo II (2) y (3) establecieron que la inmunidad no puede constituir un obstáculo para la reparación adecuada de las víctimas de crímenes internacionales. En relación con la misma resolución, en 2009, se agregaron los artículos III y IV, que establece que la inmunidad de jurisdicción no aplica para las personas que cometieron crímenes internacionales, incluyendo las acciones civiles, no pudiendo ser oponible la inmunidad de jurisdicción de los Estados cuándo se trate de actos cometidos por agentes del Estado.⁹⁹

(ii) En 2009, en la conferencia de Nápoles, las intervenciones que reflejaron la necesidad de abolir la impunidad cuándo los Estados perpetúan crímenes internacionales, lo que conlleva la remoción de la inmunidad de jurisdicción. Asimismo, la necesidad de no dejar a las víctimas individuales de su derecho a una reparación (*remedy*).¹⁰⁰

⁹⁵ *Ibidem*, párrafo 42.

⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 43.

⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 44.

⁹⁸ *Ibidem*, párrafos 45 y 46.

⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 47.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 49.

En tercer lugar, el juez Cançado Trindade atacó directamente el concepto de soberanía, puntualmente el rol del Estado en el *ejercicio de la soberanía territorial*.¹⁰¹ Concluyó que la inmunidad de los Estados surgió sobre la base del reconocimiento de una teoría de Estado como centralidad (Jean Bodin, Emerich de Vattel) en un tiempo en dónde no había preocupación por el tratamiento brindado a las personas bajo la jurisdicción territorial del Estado.¹⁰²

En este sentido, para el juez, la distorsión del Estado como centralidad (*jus inter gentes*) hacía que las personas estén completamente subordinados a la voluntad del Estado: un Estado como un fin en sí mismo, otorgador y denegador de garantías. A esta centralidad se le sumó el positivismo legal de fines del siglo XIX: el Estado comprendido como una personificación absoluta denegadora del *jus standi* de la persona humana. Para Cançado Trindade, cuando justamente el derecho internacional se apartó del *droits des gens*, los Estados cometieron las mayores atrocidades.¹⁰³

Los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad se cometieron justamente bajo la teoría centralistas de los Estados, con sustento en su facultad de acción absoluta sobre el territorio. Las políticas criminales de los Estados, con sustento en una supuesta racionalidad técnica, aplicadas mediante una organización burocrática, son crímenes de Estado, generan la vulnerabilidad de la persona humana y su indefensión, especialmente ante la ausencia de determinación de responsabilidades.¹⁰⁴

En consecuencia, Cançado Trindade indicó que la práctica de inmunidad de los Estados se sustentó por mucho tiempo en la concepción “miope” inter-Estatal, esencialmente cuándo en la actualidad el Estado es responsable por todos sus actos, e incluso por sus omisiones. Concretamente, en casos de graves violaciones a los DDHH como al DIH, el acceso directo a la jurisdicción de los individuos está totalmente justificado para vindicar los derechos violados.¹⁰⁵

Entonces, cuando un Estado comete graves actos *delicta*, por aplicación del *droit de gens* y no de la teoría de inter-Estado centralista, ninguna inmunidad

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafo § XVI.

¹⁰² *Ibidem*, párrafos 166 y 167.

¹⁰³ *Ibidem*, párrafos 173 y 174.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 175.

¹⁰⁵ *Idem*.

opera.¹⁰⁶ En otras palabras, no hay ninguna inmunidad para las graves violaciones a los DDHH y al DIH, porque la inmunidad nunca fue concebida con esa finalidad.

Los individuos son sujetos del derecho internacional, no meramente actores, titulares de derechos que general obligaciones internacionales directas en los Estados. La historia demostró que los crímenes contra la humanidad son generalmente cometidos por individuos con aplicación de toda la inteligencia y recursos del Estado, por ello la responsabilidad del individuo como la del Estado se complementan.¹⁰⁷ Ninguno de ellos puede evadir su responsabilidad y las consecuencias por la comisión de estos crímenes, que conllevan la violación de normas *ius cogens*. Es decir, no pueden invocar *inmunidad*.¹⁰⁸

En consecuencia, no hay inmunidad para los actos de Estado *delicta imperii*.¹⁰⁹ A ello se le suma la preminencia del derecho individual de acceso a la justicia que no puede ser desafiado por las relaciones inter-Estatales.¹¹⁰ Para sustentar la aplicación del DIDH, el juez Cançado Trindade se sustentó en jurisprudencia de la Corte IDH. Así, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Goiburú* (2006) demostró la complementariedad que existe entre el derecho internacional y el DIDH al resolver graves violaciones por la colaboración y relación entre Estados (en la “Operación Condor”), particularmente la complementariedad de la responsabilidad entre individuos y Estados, junto con el deber de reparar.¹¹¹

En conclusión, Cançado Trindade, al resolver sobre el alcance de la norma consuetudinaria aplicable conforme el desarrollo progresivo del derecho internacional, determinó que la inmunidad de Estados es una *excepción* y no un principio o norma general de derecho,¹¹² en clara contradicción con la mayoría. Para resolver, sustentó la aplicación progresiva del derecho en diversas fuentes jurídicas internacionales; instrumentos que en su mayoría la CIJ no mencionó. En otras palabras, de las fuentes jurídicas citadas por el juez Cançado Trindade, se evidencia la evolución en la aplicación sistémica del de-

¹⁰⁶ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia, voto en disidencia a la sentencia del juez Cançado Trindade*, 3 de febrero de 2012, párrafos 178 y 179.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 180-182.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 183.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrafo § XIX.

¹¹⁰ *Ibidem*, párrafo 203.

¹¹¹ *Ibidem*, párrafo 210.

¹¹² *Ibidem*, párrafo 165.

recho internacional, particularmente en contexto de graves violaciones a los DDHH y al DIH, debido a su complejidad y el rol preponderante del Estado.

En consecuencia, se coincide con la resolución adoptada por el juez: no hay inmunidad para los actos de Estado *delicta imperio*, con apoyo en el cuestionamiento del rol del Estado en el ejercicio de la soberanía territorial. Por añadidura, determinó la preeminencia del derecho individual de acceso a la justicia por sobre las relaciones inter-Estatales. Coincidimos con el juez en tanto los individuos son titulares del derecho humano al acceso a la justicia y la reparación, no pudiendo estar este derecho subordinado o sujeto a la discreción de los Estados en sus relaciones interestatales.

Cómo se evidenciará a continuación, con sustento en una interpretación sistémica de las obligaciones constitucionales y convencionales existente para Italia, la *Corte Costituzionale* se pronunciará en un sentido similar a lo resuelto por el juez Caçado Trindade: dando preeminencia a la protección del individuo por sobre las reglas que rigen las relaciones interestatales, mediante un control de constitucionalidad. Sin embargo, al no adoptar la resolución del juez —la existencia de una excepción en la costumbre internacional cuando se trata de actos delictivos—, los argumentos de las cortes italianas presentan ciertas debilidades para el escenario jurídico internacional, tal como se demuestra a continuación.

VI. La corte costituzionale de Italia: el control de constitucionalidad de la costumbre internacional en el caso 238/2014

En enero de 2014 el Tribunal de Florencia planteó la cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale* respecto de tres casos idénticos, núms. 83, 84 y 113, en relación con:

- (i) El derecho a la *acción y reparación* (compensación) ante graves violaciones a los derechos humanos, contenidos dentro de la garantía de protección judicial en los artículos 2 y 24 de la Constitución italiana, especialmente cuándo se trata de crímenes de guerra y lesa humanidad;
- (ii) El alcance de la costumbre internacional, receptada en el artículo 10 de la Constitución italiana;

(iii) El artículo 1 de la Ley Nro. 848 (1957) sobre ejecución de la Carta de Naciones Unidas, especialmente el artículo 94 del tratado que contiene la obligación de los Estados miembros de cumplir las sentencias de la CIJ;¹¹³

(iv) El artículo 3 de la Ley Nro. 5 (2013), sobre autorización a la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad de los Estados y sus Bienes junto con enmiendas del ordenamiento interno.

La sentencia de la CIJ de 2012 tuvo impacto en el derecho italiano. Así, la Ley No. 5 (2013) fue aprobada con motivo de la sentencia, cuyo artículo 3o., titulado “*Esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia*”, expresamente determina la exclusión de la competencia de los tribunales civiles italianos para analizar la conducta de otros Estados.¹¹⁴

Sin embargo, desde 2013, las acciones civiles de las víctimas o sus derechohabientes continuaron siendo receptadas por los tribunales italianos. De este

¹¹³ Legge 17 agosto 1957, No. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945) artículo 1o., “Piena ed intera esecuzione e’ data allo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, a decorrere dal 14 dicembre 1955, data di ammissione dell’Italia alle Nazioni Unite”); “La Carta de las Naciones Unidas se ejecuta en su totalidad. Naciones Unidas, firmado en San Francisco el 26 de junio de 1945, con efecto a partir del 14 diciembre de 1955, fecha de la admisión de Italia en las Naciones Unidas” (traducción libre). El artículo tiene una anotación: “AGGIORNAMENTO (1) La Corte Costituzionale, con sentenza 22 ottobre 2014, No. 238 (in G.U. 1a s.s. 29/10/2014, No. 45) ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del presente articolo “limitatamente all’esecuzione data all’art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi all’ pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona”. (ATTUALIZZAZIONE (1) El Tribunal Constitucional, mediante sentencia No. 238 de 22 de octubre de 2014 (en G.U. 1a s.s. 29/10/2014, No. 45) declaró la ilegitimidad constitucional de este artículo “limitada a la aplicación dada al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, exclusivamente en la parte en la que obliga al juez italiano a cumplir la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 3 de febrero de 2012, que le obliga a negar su competencia en referencia a los actos de un Estado extranjero que consisten en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lesionando derechos humanos inviolables”) (traducción libre).

¹¹⁴ Véase Legge 14 gennaio 2013, No. 5, articoli 3o. El artículo tiene una anotación: “AGGIORNAMENTO (1) La Corte Costituzionale, con sentenza 22 ottobre 2014, No. 238 (in G.U. 1a s.s. 29/10/2014, No. 45) ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del presente articolo” (“ACTUALIZACIÓN (1) El Tribunal Constitucional, mediante sentencia No. 238 de 22 de octubre de 2014 (en G.U. 1a s.s. 29/10/2014, No. 45) declaró inconstitucional este artículo.”) (traducción libre).

modo, los hechos del caso No. 83 refieren al Sr. F.S., que reclamó compensación a la República de Alemania por los daños causados luego de haber sido detenido en el campo de concentración Mauthausen, Austria, del 8 de junio de 1944 al 25 de junio de 1945.¹¹⁵

Por su parte, el caso No. 84 corresponde a los herederos del Sr. L.C., quienes reclamaron compensación a la República de Alemania por los daños causados durante la Segunda Guerra Mundial. El Sr. L.C. fue secuestrado en territorio italiano por las fuerzas alemanas y deportado a Alemania el 8 de septiembre de 1943 para la realización de trabajo forzado. Fue asesinado en el campo de concentración Kahla (Thuringia) en Alemania. De acuerdo con la Cruz Roja Internacional, fue enterrado en una fosa común masiva, junto con otras seis mil personas sometidas a esclavitud.

Finalmente, el caso No. 85 se relaciona con el Sr. B.D, quién requirió compensación a la República de Alemania por los daños causados por su detención en Verona el 9 de septiembre de 1943 y deportación al campo de concentración de Zeitz, un subcampo de Buchenwald,¹¹⁶ luego trasladado a los campos Hartmannsdorf Stammlager IVF y Granschutz.

En estos tres casos, la presentación de la República de Alemania tuvo como objeto requerir la aplicación de la excepción preliminar de falta de jurisdicción de los tribunales locales, con sustento en la norma consuetudinaria,

¹¹⁵ Véase Mauthausen Memorial KS-GEDENKSTATTE, El Campo de Concentración, “La función política del campo, la persecución permanente y la detención de los opositores políticos e ideológicos —reales o supuestos— es la que predominó hasta 1943. Mauthausen/Gusen fue clasificado en su momento como el único campo de la “Categoría III”. Esto conlleva las condiciones de detención más severas entre los campos de concentración nacionalsocialistas. En ese tiempo, la mortalidad fue una de las más altas entre los campos de concentración del III Reich. [...] Desde la segunda mitad del año 1944 llegaron a Mauthausen transportes de evacuación con miles de presos, sobre todo desde los campos de concentración del este. [...] Entre los deportados a Mauthausen, la mayoría procedía de Polonia, seguidos por los ciudadanos soviéticos y los húngaros. Además, en Mauthausen también fueron presos grandes grupos de alemanes y austriacos, franceses, italianos, yugoslavos y españoles. En conjunto, la dirección de la SS registró a hombres, mujeres y niños de más de 40 naciones. Los presos judíos llegaron en su mayoría de Polonia y Hungría a partir de mayo de 1944; sus posibilidades de sobrevivir fueron las más bajas. En conjunto, entre la apertura del campo en agosto de 1938 y la liberación por el ejército de Estados Unidos en mayo de 1945, unas 190.000 personas fueron deportadas a Mauthausen.”, disponible en: <https://www.mauthausen-memorial.org/es>.

¹¹⁶ Véase Buchenwald Memorials Foundation, disponible en: <https://www.buchenwald.de/en/72/>.

seguido del pedido de cumplimiento de la sentencia de la CIJ de 2012. Sin embargo, los tribunales italianos intervinientes denegaron estos argumentos, con sustento en las obligaciones constitucionales y convencionales italianas, que tendrían preeminencia por sobre la norma consuetudinaria de inmunidad de Estados.

1. *Los argumentos de constitucionalidad en el Tribunal de Florencia*

En su planteo de constitucionalidad, el Tribunal de Florencia se preguntó si el derecho italiano, que está integrado por normas de derecho internacional, le requiere a los tribunales domésticos que se abstengan en intervenir en el examen de *acciones* por daños en casos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en violación de derechos fundamentales, por actos cometidos en territorio italiano por un tercer Estado, aunque haya actuado en el ejercicio de actos soberanos. Puntualmente, se cuestionó si la naturaleza de los actos que forman el objeto de la materia no ha quedado contestada por la sentencia de la CIJ de 2012, esto es el alcance del derecho de *acción y reparación* por graves violaciones a los derechos humanos.

El Tribunal de Florencia recordó las sentencias de la *Corte di Cassazione*, quién originalmente reconoció la jurisdicción de los tribunales locales por tratarse de serias violaciones a los DDHH cometidas por Alemania en territorio italiano (casos No. 5044/2004 y No. 14202/2008), en reconocimiento del carácter no absoluto del principio de soberanía de los Estados.¹¹⁷

También se evidenció una tensión en la jurisdicción italiana, ya que el Tribunal de Florencia reconoció que la sentencia de la CIJ de 2012 impactó en la orientación jurisprudencial, porque desde 2013 el máximo tribunal de *Cassazione* habría reconocido que sus antecedentes eran “aislados” y no habían sido confirmados por la “comunidad internacional”, de la cual la CIJ era la más alta expresión (casos No. 32139/2012 y 4284/2013). Incluso, en ejecución de la sentencia, los legisladores habían promulgado la Ley No. 5 (2013), cuyo artículo 3o. se presenta como controvertido.¹¹⁸

Entonces, el Tribunal de Florencia se preguntó si, a la luz del derecho doméstico que le concierne aplicar, el principio de soberanía del Estados puede

¹¹⁷ *Corte Costituzionale*, Caso No. 238/2014, sentencia del 22 de octubre de 2014, párrafo 1.2.

¹¹⁸ *Idem*.

justificar el sacrificio de la protección judicial de los derechos fundamentales de las personas, en casos en dónde la protección judicial, mediante una acción de daños, es invocada contra el Estado que cometió los crímenes.¹¹⁹ En otras palabras, se cuestionó si el principio de inmunidad de los Estados receptado en la costumbre internacional, cuyo alcance fue confirmado por la CIJ, es compatible con las garantías fundamentales que surgen de la Constitución italiana.

El argumento principal del Tribunal de Florencia es que, si bien la interpretación de las normas de derecho internacional le corresponde a la CIJ, son los tribunales domésticos los que tienen la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las normas locales.¹²⁰ Por ello, el Tribunal de Florencia indicó que la *Corte Costituzionale* tenía la facultad para determinar si la garantía indiscriminada de inmunidad de Estados es compatible con la Constitución italiana.

En este sentido, realizó la siguiente pregunta: ¿puede la soberanía [territorial] de los Estados, receptada en la costumbre internacional, existente antes de la entrada en vigor de la Constitución italiana y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicar de forma indiscriminada de modo tal que deniega el derecho humano a la tutela judicial de los derechos fundamentales violados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad?¹²¹ De hecho, se preguntó si puede dicha costumbre internacional preexistente ser oponible a los Estados miembro de la Unión Europea.

Reconoció que existieron antecedentes que determinaron el límite del derecho internacional público generalmente reconocido y receptado en la Constitución, inclusive de los tratados que contienen normas que establecen organizaciones internacionales, cuándo se trata de la protección de derechos fundamentales reconocidos en la constitución. Especialmente, el Tribunal de Florencia consideró que el principio contenido en el artículo 24 de la Constitución italiana de tutela judicial es uno de los principios supremos, dado que se vincula tanto con la democracia como con la tutela jurisdiccional.

Para el Tribunal de Florencia, la costumbre internacional, cuyo alcance fue definido por la CIJ en 2012, receptada igualmente en la Constitución italiana, no puede prevalecer por sobre el principio supremo de tutela judicial,

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

especialmente cuándo se trata de la violación de derechos humanos como resultado de crímenes internacionales. En consecuencia, no puede abandonar la protección de los individuos. En sus palabras, “*il rimettente dubita della legittimità costituzionale della norma consuetudinaria*” (la parte remitente duda de la legitimidad constitucional de la norma consuetudinaria).¹²² Entonces, con sustento en el caso No. 311/2009 de la Corte Costituzionale, indicó que, ante este conflicto, el resultado es que el derecho internacional no opera.

Por lo tanto, para el Tribunal de Florencia, en el caso concreto, cuándo los órganos políticos de los Estados involucrados no pudieron dar una respuesta durante décadas, es fundamental la actuación del órgano judicial. Denegar la acción y el derecho a la compensación por los actos cometidos por Alemania, en este contexto, implica para el tribunal una denegación del derecho a un recurso efectivo.

En consecuencia, le requirió a la *Corte Costituzionale* el análisis de la constitucionalidad de la norma consuetudinaria, receptada en por el artículo 10.1 de la Constitución italiana, cuyo alcance fue determinado por el CIJ en la sentencia del 3 de febrero de 2012.¹²³

Asimismo, le solicitó que examine la Ley No. 848 del 17 de agosto de 1957, artículo 1o., que recepta el ordenamiento de la Carta de Naciones Unidas, cuyo artículo 94 obliga a los Estados miembros al cumplimiento de las sentencias de la CIJ; tribunal internacional que confirmó el deber de las cortes italianas de denegar su jurisdicción en el examen de acciones por daños relativos a crímenes contra la humanidad, por ser actos de *jure imperii*. Igualmente, le requirió que analice la Ley No. 5 del 14 de enero de 2013, artículos 1o. y 3o., de adhesión de la República de Italia a la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidad de los Estados y sus Bienes.¹²⁴

Todo ello, en relación con la Constitución de Italia, artículos 2o. y 24, que garantizan la protección judicial y obliga al Estado Italiano,¹²⁵ que se encuen-

¹²² *Idem.*

¹²³ Costituzione italiana, principi fondamentali, articoli 10, primo comma: L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (El ordenamiento jurídico italiano se ajusta a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas).

¹²⁴ La convención aún no entró en vigor. Cuenta con 23 ratificaciones y adhesiones, se requieren 30 para su entrada en vigor, disponible en: <https://treaties.un> (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2022).

¹²⁵ Véase Costituzione italiana, principi fondamentali, articoli 2o., “La Repubblica riconosce

tra “*investito dall’obbligo di tutela giurisdizionale*” (investido de la obligación de otorgar protección judicial), cuya situación planteada conlleva a su impedimento de ejercicio de jurisdicción y, eventualmente, de la condena por graves violaciones a los derechos humanos sufridos por las víctimas de crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en territorio italiano.¹²⁶

En otras palabras, la *Corte Costituzionale* de Italia fue requerida para que analice si la garantía constitucional y el deber de tutela judicial reconocidos en los artículos 2o. y 24 de la Constitución italiana, son principios supremos y, como tales, constituyen un límite a las normas internacionales generalmente reconocidas en el artículo 10 y 11 de la Constitución italiana.¹²⁷ En suma, el Tribunal de Florencia le solicitó a la *Corte Costituzionale* efectúe un control de constitucionalidad de la norma consuetudinaria, la regla procesal de inmunidad de Estados. Al mismo tiempo, le solicitó que indique el alcance del derecho constitucional de acceso a la justicia, como norma fundamental.

2. *Los argumentos de las partes*

La *Avvocatura Generale dello Stato*, en representación del Presidente del Consejo de Ministros, intervino en el caso y solicitó que la *Corte Costituzionale* determinara inadmisibles el cuestionamiento de constitucionalidad. Los fundamentos fueron: (i) que la norma consuetudinaria discutida es pre-existente a la Constitución italiana y que, conforme jurisprudencia consistente, el control de constitucionalidad solo es aplicable para normas posteriores; (ii) que no es necesario relacionar la norma consuetudinaria contrariada que es procedimental con normas sustanciales, como lo es el DIDH (argumento de la

e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; artículos 24, Rapporti civili, “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.”

¹²⁶ *Corte Costituzionale*, Caso núm. 238/2014, sentencia del 22 de octubre de 2014, párrafo 1.

¹²⁷ Véase Constitución italiana, principios fundamentales, artículos 11, “L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

CIJ, aunque no lo cita); (iii) que la tutela judicial reconocida en el artículo 24 de la Constitución se encuentra limitada por la aplicación de la norma consuetudinaria, entendida como *lex specialis* que protege los intereses implicados en la protección de la soberanía de los Estados; (iv) que la República de Italia está obligada por el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, incorporada en la Constitución en el artículo 11.¹²⁸

El argumento referido a la *lex specialis* introduce la supremacía de la relación Estado-Estado, sin un análisis del impacto del DIDH y, más aún, de las obligaciones que surgen por su violación con motivo de la comisión de crímenes internacionales. Este argumento fue trabajado por el juez Cançado Trindade, pero no surge que haya sido citado o sus argumentos hayan sido contrastados por *la Avvocatura Generale*.

Por su parte, los actores le pidieron a la *Corte Costituzionale* que aceptara el planteo de constitucionalidad planteado por el Tribunal de Florencia. Entre sus argumentos figura un cuestionamiento al motivo del paso del *tiempo* para interponer la acción por daños. En este sentido, los actores indicaron que demoraron sesenta y siete años en interponer acción de daños por el acuerdo de moratoria existente entre la República de Alemania, los Aliados y asociados, mediante el Tratado de Paz del 10 de febrero de 1947, que en virtud del artículo 18 Italia fue compelido a respetar. Una vez que culminó la moratoria, Alemania rechazó los pedidos de compensación interpuestos.¹²⁹

Fundamentaron su reclamo en el derecho humano de acceso a la justicia, con sustento en los artículos 1.3 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, especialmente, la Resolución núm. 60/17 de la Asamblea General de la ONU que contiene los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.¹³⁰

Determinaron que la Ley No. 5 (2013), artículo 3o., es inconstitucional por ser contraria al derecho a la tutela judicial receptado en el artículo 24 de la Constitución italiana y, además, por ser contraria al derecho internacional de los derechos humanos también receptado en la constitución.¹³¹ Es decir,

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 2.

¹²⁹ *Ibidem*, párrafo 3.1.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Idem*.

los actores pusieron en pugna también dos normas de derecho internacional: la consuetudinaria en disputa (de soberanía, que asocian con la prohibición de injerencia en los asuntos internos de un Estado) contra las convencionales del DIDH.

Finalmente, en un párrafo que se encuentra en la sentencia en su idioma original y no en la traducción oficial al inglés, los actores requirieron que la *Corte Costituzionale* también declarara la inconstitucionalidad de la Ley No. 5 (2013) en razón de la prohibición de retroactividad de la reorientación jurisprudencial de la *Corte di Cassazione*.

3. El decisorio de la Corte Costituzionale de 2014

Luego de abreviar los argumentos centrales del Tribunal de Florencia, la *Corte Costituzionale* rechazó los argumentos de la *Avvocatura*. Primero, por ser incorrecta la interpretación que hizo de los antecedentes, dado que el caso No. 48/1979 versó sobre el control constitucional de la norma consuetudinaria sobre *immunità diplomatica*, que es preexistente a la Constitución italiana.

Segundo, porque en el caso No. 1/1956 la misma *Corte Costituzionale* estableció que el control de constitucionalidad se hace sobre normas generales, constitucionales e internacionales incorporadas a la Constitución, independientemente de si se hayan formado antes o después del texto constitucional. El único límite de la costumbre internacional es que sea compatible con los elementos constitucionales, que incluyen los principios inviolables de los derechos humanos.¹³²

Igualmente, rechazó el argumento de que analizar el caso implicaría mezclar normas procesales con normas sustanciales. En este sentido, indicó que una objeción a la jurisdicción necesariamente requiere un examen de los argumentos traídos en el reclamo por ambas partes, que en el particular abarcan ambos tipos de normas.¹³³

¹³² *Corte Costituzionale*, Caso No. 238/2014, sentencia del 22 de octubre de 2014, párrafo 2.1.

¹³³ *Ibidem*, párrafo 2.2.

A. *Análisis de la aplicación de la norma constitucional italiana que recepta la costumbre internacional*

La *Corte Costituzionale* confirmó que no iba a realizar un control internacional de la norma consuetudinaria en disputa, porque carece de facultad. Conforme el principio de uniformidad utilizó el alcance de la norma consuetudinaria en disputa conforme había determinado la CIJ en su sentencia de 2012. Entonces, los actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado, aunque se trate de crímenes internacionales en los que se vulneraron derechos humanos, son *jure imperii* conforme la práctica comúnmente aceptada y, por lo tanto, gozan de inmunidad absoluta.¹³⁴

Sin embargo, lo que sí revisó fue la tensión entre la aplicación de la norma consuetudinaria de inmunidad de Estados, con jerarquía constitucional conforme el artículo 10 párrafo primero de la Constitución italiana, y su posible *conflicto* con otras disposiciones constitucionales, por ejemplo, el principio de protección de los derechos humanos.¹³⁵ Es decir, normas conformes al DIDH.

Primero, la Corte confirmó su facultad de realizar el control constitucional, mediante un balance, con el fin de proteger la inviolabilidad de los derechos humanos o, al menos, minimizar su *sacrificio*. Particularmente, la compatibilidad entre la norma consuetudinaria de inmunidad del Estado, como fuera interpretado por la CIJ, frente el *derecho de acceso a la justicia* en conexión con el respeto y protección de los derechos humanos, conforme los artículos 2o. y 24 de la Constitución italiana. Es decir, su competencia para determinar cómo la incorporación de la norma de derecho internacional ingresa para ser compatible con todo el ordenamiento constitucional.¹³⁶

Segundo, resolvió que previamente los antecedentes jurisprudenciales de la misma *Corte Costituzionale* habían determinado que los principios constitucionales que refieren a los derechos humanos inalienables son un límite para el derecho internacional generalmente reconocido, bajo el artículo 10 de la Constitución italiana.¹³⁷

¹³⁴ *Ibidem*, párrafo 3.1.

¹³⁵ *Ibidem*, párrafo 3.1.

¹³⁶ *Ibidem*, párrafo 3.4.

¹³⁷ *Ibidem*, párrafo 3.2.

Tercero, reconoció que la relatividad de la norma consuetudinaria para actos *jure gestionis* fue establecida progresivamente, principalmente por los tribunales italianos, con el objeto de excluir este beneficio exclusivo para los Estados cuándo actúan como privados porque funcionaba como una restricción injusta para la parte privada contratante.¹³⁸

En consecuencia, en el ejercicio de su competencia material, en aplicación del balance entre normas internacionales y constitucionales, la *Corte Costituzionale* ha tendido a la reducción del alcance de las primeras en su ingreso al ordenamiento interno. En otras palabras, se trató de una resolución de control de constitucionalidad que pone preeminencia del derecho constitucional y convencional del DIDH, por sobre una norma procesal del derecho internacional.

Si bien se coincide con el resultado final, establecer la preeminencia de la protección del individuo por sobre las relaciones interestatales, el razonamiento presenta debilidades. Si la resolución judicial tiene como único sustento el haber realizado exitosamente un control de constitucionalidad de la aplicación de la norma consuetudinaria, se podría concebir en el litigio ante la CIJ 2022 como una violación al principio de no interponer el derecho interno para dejar de cumplir con la norma internacional consuetudinaria.

Por ello, cómo se analiza a continuación, ha sido clave la referencia a la preeminencia en el cumplimiento de normas convencionales sustanciales en materia de DDHH por sobre normas procesales internacionales, utilizando la regla de la razonabilidad y proporcionalidad en la regulación legítima de los DDHH en el escrutinio de la aplicación práctica de la norma consuetudinaria de inmunidad.

B. Observaciones sobre el conflicto entre el DIDH y la norma consuetudinaria de inmunidad de los Estados ante tribunales extranjeros

Las normas en conflicto son diferentes, procedimentales contra sustanciales. No obstante, sería difícil identificar cuánto sacrificio razonablemente existe en la regulación del derecho a la protección judicial efectiva sí directamente no puede ser ejercido en absoluto. Dentro de los principios fundamentales de derecho humanos reconocidos en la Constitución italiana se encuentra el derecho a un recurso judicial, conforme el artículo 24 del texto

¹³⁸ *Ibidem*, párrafo 3.3.

normativo, que según la *Corte Costituzionale* cobra mayor relevancia cuándo se invoca para la protección de otros derechos humanos.¹³⁹

En el presente caso, el artículo 2o. y 24 del texto constitucional italiano fueron interpretados de forma conjunta, siendo el primero el que determina la inviolabilidad de los derechos humanos, incluida la *dignidad humana*; el segundo, el que recepta el derecho al recurso judicial de las personas, para ser invocado justamente cuándo existe una violación a los derechos humanos. Para la *Corte Costituzionale*, el *ejercicio* de un derecho humano va de la mano con la capacidad de la persona humana de invocarlo ante un juez, mediante una acción judicial. De allí que, el derecho a un remedio judicial conlleva en sí mismo, en su ejercicio, el derecho a la defensa y protección de otros derechos humanos.¹⁴⁰

A su vez, la *Corte Costituzionale* indicó que el derecho a la tutela judicial es inviolable, según el artículo 6o. del Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Así, para la *Corte Costituzionale*, se trata de un derecho supremo estrictamente vinculado con la democracia y el Estado de derecho. Con una interpretación basada en los tiempos actuales, indicó que el derecho a la tutela judicial es uno de los *grandi principi* del sistema democrático.¹⁴¹

Entonces, para la *Corte Costituzionale*, el ejercicio del derecho de tutela judicial podría verse limitado cuándo se trata de acciones judiciales contra los Estados extranjeros, y solo por razones de interés público que, a su vez, estén protegidos y prevalezcan constitucionalmente, luego de haber realizado un riguroso escrutinio para el caso en concreto.¹⁴²

De este modo, la *Corte Costituzionale* aplicó el estándar de regulación y restricción del ejercicio de los derechos humanos, reconocido por el DIDH. Sin hacer referencia a casos del TEDH, se limitó a enumerar los requisitos o test a los que se somete cualquier medida que restrinja el ejercicio de un derecho humano, para determinar si es compatible con las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados.

Como resultado, la *Corte Costituzionale* determinó que implementar la norma consuetudinaria, tal como la interpretó la mayoría de la CIJ, implica un total sacrificio del derecho humano a la tutela judicial como el derecho a re-

¹³⁹ *Ibidem*, párrafo 3.4.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² *Idem*.

paración, dejando la protección diplomática como único método. Especialmente cuando en el presente caso, en el orden constitucional, no identificó la prevalencia de un interés público e imperioso que justifique el sacrificio del derecho humano a la tutela judicial, que, a su vez, conlleva en sí mismo el derecho a la reparación por la violación de derechos humanos con motivo de crímenes de guerra y lesa humanidad.¹⁴³

Además, en un claro acercamiento a los razonamientos del juez Cançado Trindade —aunque sin indicarlo expresamente—, la *Corte Costituzionale* determinó que el respeto a la soberanía de los Estados, sustentada en el principio de relaciones de amistad entre los Estados, como los de paz y justicia, conforme al derecho internacional general receptado en la Constitución italiana, encuentra un límite en los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.¹⁴⁴

En suma, es suficiente con reconocer que la deportación forzosa, el trabajo esclavo y las masacres, reconocidos como crímenes contra la humanidad, no pueden justificar el sacrificio total del derecho a la tutela judicial de las víctimas en el ámbito del derecho interno, por la aplicación de normas interestatales. En otras palabras, para la *Corte Costituzionale* la inmunidad soberana de los Estados protege la soberanía funcional de los Estados (*funzione, function*). Por el contrario, no protege actos o comportamientos que no son típicos del ejercicio soberano de los Estados, sino que son considerados y calificados expresamente como ilegales, desde que se ejercen en violación de derechos humanos fundamentales.

Entonces, sin indicarlo, se cree que la *Corte Costituzionale* aceptó el argumento del juez Cançado Trindade, es decir que los actos ilícitos como lo son las graves violaciones a los DDHH y DIH no tienen relación con el principio de soberanía de los Estados; son el límite al reconocimiento de la capacidad soberana de un ejercicio absoluto de gobierno sobre el territorio, en la realización de actos de imperio protegidos del decisorio de tribunales locales.

No obstante, el argumento central resolutorio de la *Corte Costituzionale* es la ponderación de derechos y la aplicación del estándar de razonabilidad en la restricción del ejercicio de los derechos humanos. Por ello, agregó la *Corte Costituzionale* que, en un ordenamiento interno caracterizado por la centralidad y respeto de los derechos humanos, la denegación del acceso a la justicia

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

y el derecho a la reparación por crímenes de guerra y lesa humanidad conllevan un sacrificio *desproporcionado* de dos derechos constitucionales fundamentales. De hecho, determinó que se pide su sacrificio para dar supremacía al principio de no injerencia en asuntos internos de otro Estado, cuándo se trata de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en violación de derechos humanos, es decir actos cometidos por un Estado en exclusión del ejercicio legal de sus actos de gobierno.¹⁴⁵ Es decir, para el tribunal se trata de una contradicción.

Además, para la *Corte Costituzionale*, el estándar constitucional de protección de la tutela judicial requiere la efectividad. Para reforzar el argumento, utilizó como jurisprudencia aplicable un precedente del TEDH, que no versa sobre graves violaciones a los derechos humanos, sino que versa sobre la revisión de actos desarrollados por *órganos de* la ONU respecto de personas ingresadas en listas de presuntos terroristas y su consiguiente impacto en una regulación de la comunidad europea, toda vez que la ONU carecía de un mecanismo de revisión del respecto de los derechos fundamentales.¹⁴⁶

En consecuencia, la imposibilidad de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos al acceso a un recurso efectivo marca el contraste entre el derecho internacional consuetudinario definido por la CIJ y los derechos constitucionales-convencionales en materia de DDHH. Esencialmente, cuándo los actos de *jure imperii* violaron el DIDH y el DIH, y se trata de acciones por daños causados por graves violaciones a los derechos humanos, no puede operar el artículo 10 párrafo 1o. de la Constitución, que obligando a declarar el principio de inmunidad soberana de los Estados ante tribunales extranjeros.¹⁴⁷

En conclusión, para la *Corte Costituzionale* cuando la norma consuetudinaria con el alcance indicado entra en contradicción con normas constitucionales y convencionales de DDHH no puede “con ese alcance” ingresar al orden constitucional italiano. De este modo, el derecho a un recurso efectivo y a reparación por graves violaciones a los derechos humanos no encuentra razón de ser para verse sacrificado por aplicación de la norma procesal consuetudinaria.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Corte Costituzionale*, Caso No. 238/2014, sentencia del 22 de octubre de 2014, párrafo 3.5.

B. El deber del Estado de no cumplir con las resoluciones de los órganos de la ONU cuando son incompatibles con obligaciones que surgen del DIDH

Para la *Corte Costituzionale*, el principio de ejecución de las decisiones de los órganos de la ONU tampoco puede ser oponible al principio de tutela judicial de los derechos humanos, principio supremo en el ordenamiento interno.¹⁴⁸

En su resolución, la Corte realizó un balance entre normas de derecho, en el ejercicio de su competencia material para determinar el ingreso de las normas convencionales al ordenamiento constitucional. De este modo, resolvió que el artículo 94 de la Carta de la ONU no puede incluir la sentencia de la CIJ de 2012, que interpreta que la inmunidad soberana de los Estados abarca la violación de derechos humanos cometidos como actos de *jure imperii*.

Igualmente, la *Corte Costituzionale* agregó otro interesante argumento de conflicto entre normas internacionales: la ejecución de la sentencia de la CIJ conllevaría a que Italia viole derechos humanos de las personas que presentan acciones judiciales para la tutela y reparación de sus derechos humanos con motive de crímenes de guerra y lesa humanidad.¹⁴⁹

En conclusión, para la *Corte Costituzionale* la imposibilidad de incorporar lo establecido por el artículo 94 de la Carta de la ONU respecto de la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012 resulta en la inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley de Adaptación de la Carta de la ONU No. 848/1957, únicamente para este caso puntual, en tanto es contrario a derechos humanos fundamentales reconocidos constitucionalmente.¹⁵⁰ En otras palabras, la ejecución de la sentencia de la CIJ de 2012 hace inconstitucional el artículo 94 de la Carta de la ONU por aplicación interpretativa de las normas convencionales de DDHH que consagran el derecho humano a la tutela judicial en contexto de graves violaciones a los derechos humanos.

VII. Conclusiones

El caso de Alemania e Italia tiene total relevancia, porque se encuentra abierta una nueva disputa internacional relativa al alcance de la inmunidad de Estados

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 4.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Idem*.

ante tribunales locales en relación con acciones interpuestas por víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH durante la Segunda Guerra Mundial. El proceso se sustanciará desde 2024 en adelante, conforme el reglamento y resoluciones de la CIJ. Estas acciones incluyen el reclamo por reparaciones no punitivas por ejecución extrajudicial, trabajo forzoso y violaciones como consecuencia de una masacre, imputables a las fuerzas armadas alemanas.

En la sentencia de 2012, la mayoría de la CIJ aplicó una interpretación positivista y abstracta de la norma consuetudinaria, caracterizada como regla y no como excepción —tal como la entiende el juez Cançado Trindade en su voto disidente—. De este modo, la CIJ, en su resolución, se focalizó en la constancia de una práctica uniforme, como elemento objetivo de la costumbre internacional. Las pruebas utilizadas fueron leyes y sentencias de tribunales locales de diferentes Estados y trabajos de la CDI, sin referencia alguna a fuentes jurídicas del DIDH. En suma, realizó una interpretación del derecho internacional clásica, fragmentada en las relaciones interestatales.

A su vez, en su sentencia de 2012, la mayoría de la CIJ determinó que su competencia temporal es limitada únicamente a las sentencias de la *Corte di Cassazione* de 2004; por ello, indicó que no tenía competencia para analizar el derecho a reparación de las víctimas por los actos cometidos entre 1943-1945. Concretamente, este argumento sustentó el rechazo de la contra demanda interpuesta por Italia. Por consiguiente, la mayoría de la CIJ tampoco realizó una aplicación del derecho internacional conforme el correr de los tiempos. La aceptación de la excepción preliminar de falta de competencia en razón del tiempo conllevó a la omisión por parte de la CIJ de realizar un balance entre la norma consuetudinaria de inmunidad de Estados y las obligaciones internacionales que surgen para los Estados, en relación con el DIDH y el DIH, especialmente el derecho a reparación no punitiva de las víctimas.

Se considera, a su vez, una falta total de aplicación sistémica y progresiva del derecho internacional cuándo la mayoría de la CIJ cuestionó la existencia del deber de reparación total, conforme las normas de derecho internacional que regulan la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. Pareciera que, en algunos casos, podrían quedar víctimas sin reparar. Incluso, la alusión que hace a la reparación punitiva es disgregada de la responsabilidad internacional del Estado, cuya compatibilidad, por el contrario, sí fue demostrada por el juez Cançado Trindade.

Asimismo, para la mayoría de la CIJ, la ilegalidad de los actos tampoco incide en la resolución del caso. El argumento es que los actos realizados por

un Estado, aunque ilegales, son parte del ejercicio del principio de soberanía territorial. Entonces, aunque se utilice todo el aparato del Estado para hacer morir, tales actos son la aplicación del principio centralista y absoluto de soberanía. Estos, aunque sean los más atroces cometidos contra la humanidad, no permiten una revisión por parte de los tribunales de otros Estados, porque ello significaría la intromisión en asuntos internos de otro Estado. Se considera que esta interpretación es contraria al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, la mayoría de la CIJ concluyó que no correspondía una interpretación sistémica del derecho internacional dado que se trata del análisis del alcance de normas procesales en sí mismas, que no requieren avanzar en el análisis de normas sustanciales, propias del fondo. Incluso, determinó que la práctica de los tribunales locales no demuestra la aplicación de una interpretación sistémica, sino más bien su rechazo. Para la CIJ, similar falta de conflicto opera para el argumento de que los actos implicaron la violación de normas *ius cogens*. En otras palabras, éstas no desplazan las normas procesales.

Además, subsidiariamente, la CIJ determinó que la práctica uniforme no demuestra que las normas locales hayan incluido la gravedad de los actos como una excepción de la regla de la inmunidad de los Estados. Tampoco han incluido que la acción ante tribunales locales como *ultima ratio* sea un elemento que comprometa la aplicación de las normas procesales de inmunidad, según las prácticas de los Estados.

De modo que, la mayoría de la CIJ les exige a las víctimas italianas de graves violaciones a los derechos humanos, adultos mayores, que inicien acciones para obtener reparaciones no punitivas exclusivamente ante los tribunales locales alemanes, en idioma alemán y con la necesidad de contar con letrados alemanes. En otras palabras, el derecho a la jurisdicción de las víctimas está habilitado únicamente ante los tribunales alemanes; ello, incluso con la posibilidad del rechazo de sus acciones por no estar contemplados dentro de víctimas reparables según el ordenamiento normativo alemán.

Como resultado, la sentencia de la mayoría de la CIJ 2012 no resolvió la controversia. En particular, además de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de Italia de 2014, se han emitido más de 25 sentencias en los tribunales italianos.

Asimismo, desde 2012, han existido avances jurisprudenciales y doctrinarios en marco del sistema interamericano cómo en las Naciones Unidas, que reflejan la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia, que en contexto de graves violaciones a los derechos humanos conlleva la existencia

de un recurso para obtener reparaciones no punitivas. Particularmente, han determinado que este derecho no puede verse obstaculizado por una normativa procedimental.

Tal como se evidencia en el voto disidente del juez Cançado Trindade, otra solución es posible si se realiza una interpretación sistémica y evolutiva del derecho internacional. Estos argumentos fueron indirectamente incorporados por la *Corte Costituzionale* de Italia en su sentencia de 2014.

En materia de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos es esencial la determinación de los hechos. Precisamente, el juez Cançado Trindade le da preeminencia a que este caso cuenta con el reconocimiento de Alemania de la comisión de actos ilícitos caracterizados como graves violaciones a los DDHH y al DIH. De allí que considere esencial la aplicación de una progresiva interpretación del derecho a la justicia y reparación de las víctimas.

Para el juez Cançado Trindade, con quién se coincide, el acceso a la justicia y el derecho a reparación a las víctimas son obligaciones internacionales del Estado para con los individuos, como sujetos del derecho internacional. En consecuencia, no son una prerrogativa entre Estados, quienes tampoco pueden en nombre de los individuos renunciar a estos derechos.

A su vez, el juez Cançado Trindade demostró que el deber de reparar por graves violaciones al DIH es reconocido convencionalmente desde 1907, con un desarrollo progresivo desde entonces hasta la actualidad, cuyo objetivo es evitar la *impunidad*.

En resumen, el Estado tiene la facultad de desarrollar actos de soberanía sobre su territorio sin revisión por los tribunales de otros Estado, siendo el límite la comisión de actos de *iure delictia*. Se considera que la teoría del Estado centralista y absolutista es incompatible con el desarrollo actual del DIDH y el DIH, es decir el surgimiento del derecho de gentes. No pueden esconderse bajo la inmunidad los actos llevados adelante por individuos, utilizando todo el aparato del Estado, para cometer sistemáticamente graves violaciones a los DDHH y al DIH. Es decir, no pueden gozar de inmunidad los actos ilícitos de los Estado, desarrollados conforme su entera voluntad dentro de su territorio, dejando a las personas indefensas. En consecuencia, se conviene con lo determinado por el juez Cançado Trindade: no hay inmunidad para los actos de los Estados cuándo son *delicta imperii*.

Asimismo, se concuerda con la conclusión de la *Corte Costituzionale* de Italia en 2014, la obligación internacional de acceso a la justicia y reparación no

punitiva se fortalecen cuándo su ejercicio implica el reconocimiento y ejercicio efectivo de otros derechos humanos. En este sentido, en 2014 la *Corte Costituzionale* realizó un control de constitucionalidad de la incorporación de la sentencia de la CIJ de 2012 en el derecho interno, en aplicación del criterio de razonabilidad y proporcionalidad en la regulación del ejercicio de los derechos humanos. Incluso, cuestionó la constitucionalidad de la Carta de Naciones Unidas, en relación con la obligatoriedad de cumplimiento de las decisiones de sus órganos.

Concretamente, la *Corte Costituzionale* ponderó el efectivo ejercicio de normas sustanciales fundamentales -constitucionales y convencionales- por sobre la aplicación de normas procedimentales internacionales consuetudinarias. Se comparte parcialmente la construcción argumental, ya que es posible que sea rechazada por aplicación del principio de no interponer el derecho interno para dejar de cumplir con una norma internacional.

Por esto, se cree que es más robusto el argumento de la *Corte Costituzionale* cuándo identifica las obligaciones de Italia en relación con el derecho de acceso a la justicia y reparaciones, como normas del DIDH con superioridad en un orden democrático de derecho, dejando su limitación únicamente a criterios de razonabilidad, aplicando el estándar de regulación y limitación del ejercicio de los DDHH.

Además, si bien la *Corte Costituzionale* en su sentencia de 2014 aplicó una supremacía de la norma local —constitucional— sobre el derecho internacional, a su vez, sustentó la incompatibilidad entre normas consuetudinarias procesales y convencionales sustanciales, para darle primacía a estas últimas, todas ellas receptadas en la Constitución italiana.

En conclusión, en el proceso a sustanciarse en la CIJ desde 2024, es posible que Italia incorpore las argumentaciones la *Corte Costituzionale* en su sentencia de 2014, junto con el voto disidente del juez Cançado Trindade en la sentencia de la CIJ de 2012. Es probable que la argumentación esté desde el escrito de contestación, no dependiendo de una contra demanda. De este modo, la CIJ estaría obligada a tener que resolver razonadamente si aplica, o no, la interpretación sistémica y progresiva del derecho internacional para determinar el alcance de la regla procesal de inmunidad de los Estados, incluso del derecho a reparar confirme el DIDH y el DIH, en contextos de graves violaciones. En otras palabras, la CIJ estará obligada a resolver teniendo en consideración el argumento de que los individuos son los titulares de

los derechos humanos, quedando fuera del exclusivo tratamiento de las relaciones interestatales.

VIII. Bibliografía

- Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas. A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.
- Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas. A/RES/56/83, 28 enero 2022.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, “El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, vol. 37, junio de 2003.
- CIJ, *Caso Alemania vs. Italia*, sentencia del 3 de febrero de 2012.
- CIJ, Order, “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, *General List No. 183*, 10 de junio de 2022.
- CIJ, Prensa, “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, Nota 2022/16, 29 de abril de 2022.
- CIJ, Prensa, “Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State”, Nota 2022/18, 6 de mayo de 2022.
- Comisión de Derechos Humanos (ONU). E/CN.4/2005/102, 18 de febrero de 2005.
- Comisión de Derechos Humanos (ONU). E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.
- Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, 1933.
- Corte Costituzionale*, Caso núm. 238/2014, sentencia del 22 de octubre de 2014.
- Corte EDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido de GB e IN*, aplicación No. 35763/97, sentencia del 21 de noviembre de 2001.
- Corte EDH, *Kalogeropoulos y otros vs. Grecia*, aplicación núm. 59021/00, decisión del 12 de diciembre de 2002.

- Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97, párrafo 50
- Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 190, párrafo 95.
- Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, núm. 97, párrafo 54.
- Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C, núm. 292, párrafos 346-349.
- Corte IDH, *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 25 de marzo de 2017, Serie C, núm. 334, párrafo 131.
- Corte IDH, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y otros vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, núm. 407.
- Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 372.
- Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 372, párrafos 78-100.
- Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 372, párrafos 100-102.
- Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. o. 285, párrafo 139.
- Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de febrero de 2018, Serie C, núm. 348.
- Corte IDH, *Caso Tabares Toro y otros vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de mayo de 2023, Serie C, núm. 491.
- Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 190, párrafo 95.
- Corte IDH, *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014, Serie C, núm. 28, párrafo 435.
- Corte Suprema de Justicia de Chile, sentencia 23583-2014, 20 de mayo de 2015.

Costituzione italiana.

Cuadernillo de Jurisprudencia núm. 12: Debido Proceso, elaborado por la Corte IDH, con la colaboración de la Cooperación Alemana, 2022.

Legge italiana No. 5, articoli 3o., 14 di gennaio di 2013.

Legge italiana No. 848, 17 di agosto di 1957.

Ley argentina No. 27.586, 16 de diciembre de 2020.

NAPOLITANO, Silvina G., “Las inmunidades de los estados extranjeros”, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015.

RIERA, Ramiro, *La prescripción en el derecho internacional de los derechos humanos*, Argentina, Hammurabi, 2021.

El control de convencionalidad y la cultura jurídica interamericana: hacia la construcción de un sentido colectivo¹

*The Conventionality Control and Inter-
American Legal Culture*

*Le Contrôle de Conventionnalité et la
Culturelle Juridique Interaméricaine*

Santiago Martínez Neira

 <https://orcid.org/0000-0002-7013-3242>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., Estados Unidos
Correo electrónico: santiago.mn@gmail.com

Recepción: 9 de mayo de 2023

Aceptación: 11 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18149>

Resumen: El control de convencionalidad tiene potencial para promover la implementación efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, la aplicación de esta herramienta y la apropiación de estándares interamericanos no ha sido pacífica entre jueces domésticos. En este artículo me enfoco en la idea de divergencias interpretativas como uno de los principales retos que enfrenta la implementación efectiva de la CADH. A partir del análisis de 4 decisiones sobre la prisión preventiva y las restricciones a los derechos políticos en Colombia, la reelección presidencial indefinida en Bolivia, y la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina, demuestro que existen divergencias entre jueces domésticos respecto de los estándares desarrollados por la Corte IDH, y divergencias entre jueces domésticos y la Corte IDH respecto de la interpretación de la CADH. Para alivianar estas tensiones y potencializar el control de convencionalidad propongo que se debe promover una cultura jurídica interamericana que, a partir del diálogo judicial y la construcción de un sentido común, considere que la legitimidad de las normas y de las decisiones judiciales deviene, especialmente, de su compatibilidad con la CADH y los desarrollos de la Corte IDH. De esta manera, se puede lograr ma-

¹ Este artículo se presenta a título personal y no compromete la opinión de la CIDH o de alguno de sus integrantes.

yores consensos y escrutinio, mejores decisiones, y que las y los jueces de la región sean ‘jueces interamericanos’.

Palabras claves: Convención Americana sobre Derechos Humanos, sistema interamericano de derechos humanos, control de convencionalidad, diálogo jurisprudencial.

Abstract: Conventionality Control has the potential to promote the effective implementation of the American Convention on Human Rights (ACHR). However, the application of this tool and the appropriation of Inter-American standards have not been peaceful among domestic judges. In this article I focus on the idea of interpretative divergences as one of the main challenges facing the effective implementation of the American Convention on Human Rights. Based on the analysis of 4 decisions on pretrial detention and restrictions on political rights in Colombia, indefinite presidential reelection in Bolivia, and voluntary termination of pregnancy in Argentina, I show that there are divergences between domestic judges on the standards developed by the Inter-American Court, and divergences between domestic judges and the Inter-American Court of Human Rights regarding the interpretation of the ACHR. To alleviate these tensions and potentiate the conventionality control, I propose to promote an Inter-American legal culture that, based on judicial dialogue and the construction of common sense, considers that the legitimacy of judicial norms and decisions becomes, especially, of its compatibility with the ACHR and the developments of the Inter-American Court. In this way, greater consensus and scrutiny can be achieved, better decisions, and the judges of the region can be ‘inter-American judges’.

Keywords: American Convention on Human Rights, inter-american human rights system, conventionality control, jurisprudential dialogue.

Résumé: Le contrôle de conventionnalité a le potentiel de promouvoir la mise en œuvre effective de la Convention américaine relative aux droits de l’homme (CADH). Cependant, l’application de cet outil et l’appropriation des normes interaméricaines ne sont pas pacifiques entre les juges nationaux. Dans cet article, je me concentre sur l’idée que les divergences d’interprétation constituent l’un des principaux défis auxquels est confrontée la mise en œuvre effective de la CADH. En m’appuyant sur l’analyse de quatre décisions relatives à la détention provisoire et aux restrictions des droits politiques en Colombie, à la réélection présidentielle indéfinie en Bolivie, et à l’interruption volontaire de grossesse en Argentine, je montre qu’il y a des divergences entre les juges nationaux sur les normes développées par la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, et des divergences entre les juges nationaux et la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme concernant l’interprétation de la CADH. Afin d’atténuer ces tensions et de renforcer le contrôle de la conventionnalité, je propose de promouvoir une culture juridique interaméricaine qui, basée sur le dialogue judiciaire et la construction du sens commun, considère que la légitimité des normes et des décisions judiciaires devient, en particulier, de sa compatibilité avec la CADH et les évolutions de la Cour interaméricaine. De cette manière, il sera possible d’obtenir un plus grand consensus et un plus grand contrôle, de meilleures décisions, et les juges de la région pourront être des ‘juges interaméricains’.

Mots-clés: Convention Américaine relative aux Droits de l’Homme, système interaméricain des droits de l’homme, contrôle de conventionnalité, dialogue jurisprudentiel.

Sumario: I. *Introducción: la CADH, el control de convencionalidad y la noción de cultura jurídica.* II. *Desafíos interpretativos del control de convencionalidad.* III. *Divergencias en nombre del control de convencionalidad y la necesidad de construir un sentido colectivo.* IV. *Hacia una cultura jurídica interamericana.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. Introducción: la CADH, el control de convencionalidad y la noción de cultura jurídica

Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) tienen deberes generales de respeto y garantía. Desde su primera decisión contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido definiendo el contenido de la obligación de respeto y garantía de los derechos contenidos en la CADH, estableciendo: “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²

En el año 2006, la Corte IDH entendió que de estos deberes generales se desprende la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la CADH.³ Se trata de:

(i) una obligación de origen internacional (ii) a cargo de todas las autoridades del Estado —especialmente los jueces— (iii) de interpretar cualquier norma jurídica nacional en casos sujetos a su jurisdicción (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc. (iv) de conformidad con el corpus iuris interamericano (principalmente la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH), (v) y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional. (vi) Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, (vii) pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁴

² Corte IDH, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 152.

³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁴ González Domínguez, Pablo, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: La doctrina del control de convencionalidad*, Santiago de Chile, 2014, p. 18.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha insistido en que el control de convencionalidad es una herramienta poderosa para garantizar el efecto útil de la CADH.⁵ Sin embargo, considero que para aumentar el uso y la eficiencia de esta herramienta debe promoverse una cultura jurídica interamericana.

A estos efectos, entiendo por cultura jurídica “el conjunto de sentidos (actitudes y prácticas) acerca de cómo el marco jurídico debería ser interpretado”.⁶ Esta noción tiene como premisa que los jueces no emiten opiniones meramente ideológicas o valoraciones individuales porque están “fuertemente enraizados en entornos institucionales, profesionales y académicos, que los moldean para actuar y pensar de determinada forma”.⁷

Si una jueza de Colombia y un juez de Chile apelan a la CADH para resolver una controversia análoga, ya habrá algo en común, al menos en un plano argumentativo. Si llegan a una misma respuesta, y para ello acuden a la CADH y a algún estándar fijado por la Corte IDH, se consolidan precedentes comunes de derecho aplicable. Si además aplican la CADH y los estándares interamericanos con consciencia común de que así su decisión será más legítima, se consolida paulatinamente una cultura jurídica interamericana.

II. Desafíos interpretativos del control de convencionalidad

La Corte IDH ha reiterado en su jurisprudencia que las autoridades domésticas, y en particular los poderes judiciales, deben ejercer el control de convencionalidad⁸ de oficio en el marco de sus mandatos.⁹ Sin embargo, en ciertos

⁵ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ El control de convencionalidad no reposa en normas domésticas sino de los deberes generales de la CADH (artículos 1.1 y 2o.). Por tal motivo, prescribir que tiene un carácter autoejecutable alude a una visión monista de la relación entre el derecho internacional y nacional. Esta visión sostiene que ambos cuerpos normativos se integran en uno en donde prevalece jerárquicamente el derecho internacional, en contraposición con una postura dualista, que defiende la existencia de dos cuerpos y ámbitos de competencia distintos. Al respecto, véase: Burgogue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford Press, 2011, p. 254; Shaw, Malcolm N., *International Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, 122.

⁹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

supuestos, aunque las autoridades domésticas se dispongan a ejercer el control de convencionalidad, no es clara la solución al problema jurídico bajo la CADH y los estándares interamericanos, ya sea porque existen divergencias interpretativas respecto de dichos estándares o porque existen antinomias (conflicto entre normas) y lagunas (hechos para los cuales no existe prevista una consecuencia jurídica por una norma).¹⁰

A partir de los siguientes casos, argumento que es importante reconocer las divergencias interpretativas, las antinomias y lagunas, y que cualquier solución que prescriba la Corte IDH se debe construir a partir de este reconocimiento y de un diálogo entre interlocutores.¹¹

1. Prisión preventiva en Colombia por ‘peligrosidad para la sociedad’-jueces de distinta jerarquía divergen respecto un estándar interamericano

El 22 de abril de 2022, un juez revocó una medida de aseguramiento de prisión preventiva impuesta a un gobernador que enfrenta un proceso penal por la posible comisión de delitos relacionados con actos de corrupción.¹² Anteriormente, la Fiscalía había motivado la solicitud con base en el numeral 2

¹⁰ Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999, pp. 437-750.

¹¹ No debe confundirse la cultura jurídica interamericana con las doctrinas que sostienen que existe un margen doméstico de apreciación para interpretar y, en la práctica, desconocer las obligaciones internacionales o la interpretación autorizada de la Corte IDH. La cultura jurídica interamericana es opuesta a la doctrina de margen de apreciación porque, mientras la primera busca promover que la legitimidad de las decisiones judiciales deviene de su conformidad con la CADH y los estándares interamericanos, la segunda sostiene que existe “deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal”. La cultura jurídica interamericana hace énfasis en la necesidad de una integración efectiva de la CADH, incluso frente a divergencias interpretativas y antinomias. La doctrina del margen de apreciación, por su lado, defiende la existencia de interpretaciones divergentes. Al respecto, véase: Barbosa, Francisco, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en Acosta Alvarado, Paola Andrea y Núñez Poblete, Manuel (coords.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 51-82.

¹² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Radicado 1100160001022020000820420210215516, abril de 2021.

del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que establece que ésta procede si se puede inferir razonablemente que la persona constituye un *pe- ligro para la seguridad de la sociedad* o de la víctima.¹³

El juez del caso aceptó la solicitud de revocatoria invocando el control de convencionalidad. Señaló que el tribunal interamericano ha sido categóri- co al establecer que “la privación de libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.¹⁴ Y agregó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que la de- tención previa al juicio basada en fines preventivos como la peligrosidad del procesado para la comunidad es contraria al artículo 7.5 de la CADH y a la presunción de inocencia, además de incongruente con el principio de inter- pretación *pro personae*.¹⁵

La interpretación del juez se ajustó correctamente a decisiones de la Cor- te IDH. Por ejemplo, en el caso *Fermín Ramírez* (2005), relacionado con las garantías judiciales de una persona condenada a pena de muerte, el tribunal Interamericano encontró que las autoridades internas no fundamentaron la peligrosidad del agente, sino que, a partir de una relación de las mismas cir- cunstancias que utilizaron como causales de agravación del delito, concluye- ron que el acusado “revelaba una mayor peligrosidad”.¹⁶ Ello fue reiterado en los casos *Girón y Castillo* (2019) y *Rodríguez Revolorio* (2019).¹⁷

No obstante, en 2016 la Corte Constitucional colombiana ya se había re- ferido a la constitucionalidad del peligro para la comunidad como fin de la detención preventiva, y había establecido que no era contrario al estándar interamericano.¹⁸ Curiosamente, la Corte Constitucional, autorizada para hacer control abstracto de leyes, defendió la constitucionalidad de la causal apoyándose en la jurisprudencia interamericana del caso *Ricardo Canese*

¹³ Código Penal, artículo 308. Requisitos. Numeral 2.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, sentencia del 28 de noviembre de 2018, párr. 251.

¹⁵ CIDH, *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013, párr. 144.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, párr. 81.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Girón y otro vs. Guatemala*, sentencia del 15 de octubre de 2019; Corte IDH, *Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala*, sentencia del 14 de octubre de 2019.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-469/16, M. P. Luis Ernesto Vargas, 31 de agosto de 2016.

(2004), en el cual la Corte IDH había contemplado la probabilidad de ejecución de nuevos delitos, circunstancia ligada a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la detención preventiva.¹⁹

Este caso pone de relieve varias cuestiones. La Corte IDH debe ser absolutamente rigurosa con sus propios estándares y motivar adecuadamente por qué y cuándo se aparta de un precedente. Adicionalmente, las y los jueces domésticos a cargo del control abstracto de normas deben hacer interpretaciones conformes con la jurisprudencia interamericana actualizada para satisfacer la obligación de adecuar el ordenamiento interno.²⁰

Si se observa con atención, la Corte Constitucional justificó en parte su decisión citando jurisprudencia interamericana del año 2004 a pesar de que desde el 2005 el tribunal interamericano ha adoptado tesis que limitan uso de la prisión preventiva a “asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En otras palabras, la Corte Constitucional pudo acudir al principio cronológico²¹ y desaplicar la interpretación anterior en el tiempo para evitar una divergencia interpretativa.

Asimismo, este caso pone de relieve que puede haber divergencia entre jueces domésticos sobre cómo interpretar las tesis de la Corte IDH, y la pregunta sobre qué debe hacer un juez nacional cuando, en su criterio, las interpretaciones que un tribunal de mayor jerarquía²² ha hecho del estándar interamericano divergen con su propia interpretación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 129.

²⁰ Artículo 2o., CADH: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

²¹ Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 29, 1999, p. 441.

²² A nivel orgánico, la Corte Constitucional no es superior jerárquico de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá. No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene carácter general y obligatorio cuando se ejerce el control abstracto de constitucionalidad. Por tal motivo, aquí se considera que es un tribunal de mayor jerarquía. Al respecto, véase: Moncada, Patricia, “Redistribución de poderes: sistema de fuentes y división de poderes en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Público*, diciembre de 2007, pp. 1-9, disponible en: <https://derechopublico.uniandes.edu.co/>.

Un riesgo para la aplicación del control de convencionalidad es que estas divergencias interpretativas se resuelvan únicamente con fundamento en criterios jerárquicos internos. En la práctica, esto puede desincentivar que jueces de distintos niveles cumplan un papel activo en la aplicación de los estándares internacionales.²³

Una alternativa, a falta de lineamientos claros para resolver divergencias interpretativas entre altas cortes y la Corte IDH, es que la jueza o el juez del caso acuda al principio *pro personae*, que establece que debe adoptarse la norma más amplia o la interpretación más garantistas ante un conflicto o una superposición de normas.²⁴

2. Restricciones de derechos políticos en Colombia-jueces de igual jerarquía divergen respecto un estándar interamericano

En Colombia ha habido gran controversia respecto de las inhabilitaciones y destituciones de funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación (PGN), un órgano administrativo de control. El artículo 23 de la CADH establece que todas las personas tienen acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país, y que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

A pesar de que el artículo parece tajante al exigir que los derechos políticos sean restringidos exclusivamente por condena en el marco de un proceso penal, y de que esto fuera confirmado por la Corte IDH en el caso *López Mendoza*,²⁵ en Colombia dos órganos judiciales de igual jerarquía han venido sosteniendo distintas interpretaciones sobre la validez de las sanciones impuestas por órganos disciplinarios fuera de un proceso penal.

²³ Martínez, Santiago y Virgüez, Santiago, “¿Quién interpreta a la Corte IDH?: la aplicación del control de convencionalidad en el nivel nacional”, *Agenda Estado de Derecho*, 2021, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/quien-interpreta-a-la-corte-idh-aplicacion-del-control/>

²⁴ Pinto, Mónica, “El Principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abramovich, Víctor *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, p. 163.

²⁵ Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia del 1 de septiembre de 2011, párr. 107.

Por un lado, el Consejo de Estado ha venido anulado las limitaciones a los derechos políticos de los funcionarios públicos sancionados mediante procesos disciplinarios por parte de la PGN haciendo una lectura literal del artículo 23.2 de la CADH y atendiendo al caso *López Mendoza*.²⁶ Por otro lado, la Corte Constitucional ha venido defendiendo esta competencia disciplinaria a partir de una “lectura armónica” de la CADH y la Constitución Política, concluyendo que las autoridades administrativas también tienen competencia para limitar los derechos políticos.²⁷

En este caso podría pensarse que el Consejo de Estado hace una lectura más convencional que la Corte Constitucional porque su interpretación se ajusta de forma literal a la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH; además de ser más favorable, ajustándose al principio *pro personae*.²⁸ Al margen de esto, lo cierto que es ambos tribunales —de igual jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de Colombia— adujeron hacer una interpretación conforme a la CADH, así llegaron a tesis diferentes, sembrando dudas sobre la validez de centenas de decisiones administrativas y futuras controversias de alto impacto para la democracia colombiana.

En este caso estamos frente a una antinomia o conflicto de normas.²⁹ Normas de rango constitucional conceden a órganos administrativos competencia para restringir derechos políticos, más allá de las causales previstas en la CADH.³⁰ Al mismo tiempo, el artículo 23 de la CADH, también con rango constitucional dentro del ordenamiento colombiano,³¹ establece que sólo un juez penal puede imponer este tipo de restricciones.

Aunado a ello, este caso también presenta una divergencia interpretativa por parte de dos tribunales de la misma jerarquía, un fenómeno conocido

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. César Palomino, 15 de noviembre de 2017.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-111/19, M. P. Carlos Bernal Pulido, 13 de marzo de 2019.

²⁸ Pinto, Mónica, “El Principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, p. 163.

²⁹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 437.

³⁰ Artículos 277.6 y 278 de la Constitución Política de Colombia.

³¹ Uprimny Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, 2006.

como ‘choque de trenes’.³² En ejercicio del control abstracto de normas, la Corte Constitucional ha defendido la competencia de entes como la Procuraduría. En paralelo, el Consejo de Estado, al dirimir controversias particulares, ha levantado este tipo de sanciones por considerarlas contrarias a la CADH. Tanto la antinomia como la divergencia interpretativa —esta vez entre pares jerárquicos— podría evitarse si la Corte Constitucional, en su análisis abstracto, hiciera una adecuación normativa conforme con la CADH y la jurisprudencia interamericana.

3. Reelección presidencial indefinida en Bolivia-control de convencionalidad sin que existan estándares interamericanos específicos sobre el asunto de la controversia

En el 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia declaró inexecutable la norma que limitaba la reelección presidencial “por una sola vez de manera continua”.³³ Como resultado de esta decisión, el entonces presidente Evo Morales pudo presentar su candidatura presidencial por tercera vez consecutiva. Lo anterior pese a dos circunstancias que no dejan de llamar la atención. Primero, que Evo Morales impulsó en 2006 el proceso constituyente que condujo a la Constitución que entró en vigor en 2009 y que limitó la figura de la reelección.³⁴ Segundo, que en 2016 hubo un referendo en el que se le preguntó a las y los bolivianos si estaban de acuerdo con una modificación constitucional para habilitar la segunda reelección consecutiva. El rechazo a dicha iniciativa ganó con un 51,30% de los votos.³⁵

En su razonamiento, el Tribunal resaltó que el ejercicio del control de convencionalidad era una genuina obligación de todas las autoridades de un Estado parte de la CADH. También acudió al principio *pro personae* para señalar que son de aplicación preferente, respecto de la propia Constitución, las nor-

³² Salinas Alvarado, Carlos Eduardo, “El ‘Choque de Trenes’ entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos metanormativos en Colombia”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Madrid, núm. 14, 2017, pp. 175-191.

³³ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentencia 0084/2017, M. P. Macario Lahor Cortez, 28 de noviembre de 2017.

³⁴ Benente, Mauro, “Nueva Constitución Política y estructura de poder en Bolivia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, 2020, pp. 195-224.

³⁵ Separata Digital, Estos fueron los resultados del referendo del 21F a nivel nacional, departamental y municipal, 4 de diciembre de 2018.

mas de instrumentos internacionales que sean más favorables para el ejercicio de los derechos.³⁶

Con base en esto, el tribunal concluyó que el artículo 23 de la CADH sólo admite restricciones (*numerus clausus*) a los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal.³⁷ Al momento en que el Tribunal Constitucional Plurinacional adoptó esta decisión no había un pronunciamiento de la Corte IDH específico sobre la figura de la reelección.

En el caso *Castañeda Gutman*, de 2008, la Corte IDH analizó la validez del impedimento de inscribir candidaturas independientes a la presidencia de México. Esta decisión resaltó que los derechos políticos no son absolutos y que admiten cierta restricción mientras se verifique que la misma: “a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”.³⁸ Finalmente, concluyó que el registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituye una restricción ilegítima para regular el ejercicio de los derechos políticos.³⁹

En el caso boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional no analizó si la prohibición de reelección presidencial era una controversia análoga con la prohibición de inscribir candidaturas independientes, lo cual pudo llevar a concluir, por ejemplo, que la restricción de reelección indefinida era convencional porque se ajustaba a un interés público imperativo. En cambio, aduciendo la importancia de hacer un control de convencionalidad, hizo una interpretación literal del artículo 23, adecuando una norma interna de conformidad con la CADH.

Pese a que habría sido deseable que el Tribunal Constitucional Plurinacional hubiera argumentado por qué había o no una controversia semejante con una solución aplicable, lo cierto es que, en términos prácticos, hizo un

³⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentencia 0084/2017, M. P. Macario Lahor Cortez, 28 de noviembre de 2017, pág. 18.

³⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional, sentencia 0084/2017, M. P. Macario Lahor Cortez, 28 de noviembre de 2017, pág. 76.

³⁸ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, párr. 186.

³⁹ *Ibidem*, párr. 205.

control de convencionalidad, examinando una norma interna a la luz de la CADH.⁴⁰

Posteriormente, en el 2021, la Corte IDH publicó una opinión consultiva sobre la reelección indefinida. Apoyándose en su línea jurisprudencial sobre derechos políticos, incluyendo la decisión del caso Castañeda Gutman, concluyó que esta figura es incompatible con la CADH por ser contraria a los principios de una democracia representativa.⁴¹ La Corte IDH se apartó de la lectura literal del artículo 23 e indicó que la norma no establece explícitamente las finalidades legítimas para restringir los derechos políticos, sino que se encarga meramente de establecer ciertos aspectos que deben ser regulados.⁴²

Este caso ejemplifica que una autoridad doméstica puede ejercer el control de convencionalidad sin jurisprudencia análoga aplicable, y que, incluso así, su tesis puede ser rebatida por una decisión posterior de la Corte IDH. También pone de manifiesto que el control de convencionalidad no debe limitarse a hacer una interpretación exegética de una norma o enlistar decisiones del tribunal interamericano. Es imprescindible considerar circunstancias que no

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124. En palabras de la Corte IDH: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

⁴¹ Opinión consultiva OC-28/21, *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1o., 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*, 7 de junio de 2021.

⁴² Opinión consultiva OC-28/21, *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1o., 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*, 7 de junio de 2021.

deben ser menospreciadas como los antecedentes de la controversia (en este caso la reelección), los criterios jurisprudenciales en materia de restricción de derechos (en este caso derechos políticos), y lo que tienen que decir otros instrumentos del *corpus iuris interamericano* (en este caso la Carta Democrática Interamericana).⁴³

De otra parte, que una decisión posterior revierta una tesis no es del todo inusual en la actividad judicial. Sin embargo, sería conveniente que la Corte IDH y la CIDH promovieran y difundieran en la región herramientas para realizar el control de convencionalidad frente a los asuntos que no han sido abordados por la jurisprudencia para evitar desincentivar su uso y divergencias interpretativas con altas cortes de la región que predicán la aplicación preferente de normas convencionales favorables.

Es preciso mencionar que la Corte IDH ya ha delineado métodos para asegurar que las normas de la CADH sean interpretadas de buena fe, teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y su naturaleza evolutiva. Por ejemplo, en la decisión del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte analizó el alcance del derecho a la vida frente a un alegato que defendía la protección absoluta del embrión. De esta manera, realizó una interpretación del artículo 4.1 de la CADH (i) conforme al sentido corriente de los términos; (ii) sistemática e histórica; (iii) evolutiva; y (iv) del objeto y fin del tratado.⁴⁴ Finalmente, concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la CADH.⁴⁵

⁴³ Organización de Estados Americanos, vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones (Lima, Perú), Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001. Este instrumento contiene disposiciones que pudieron ser analizadas por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, en particular, considerando la consulta popular relacionada con la posibilidad de reelección presidencial. Por ejemplo, el artículo 4o. de este instrumento establece: “La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 173.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 264.

4. Interrupción voluntaria del embarazo en la provincia de San Luis, Argentina—control de convencionalidad sin verdadero diálogo jurisprudencial

En marzo de 2021, una jueza de la provincia de San Luis, Argentina, concedió una acción declarativa de certeza donde se pidió que se declarara la inconstitucionalidad a nivel provincial de la Ley del Aborto (No. 26.710) por contravenir disposiciones del Código Civil y Comercial que protegen la vida desde la concepción.⁴⁶

La jueza del caso invocó el principio *iuri curia novit* para argumentar que el análisis de la controversia exigía un control de convencionalidad.⁴⁷ Para ello, recordó que la Corte IDH estableció que los jueces no sólo deben hacer un control de constitucionalidad de normas, sino también de las interpretaciones vinculantes que han realizado los órganos autorizados de los tratados.⁴⁸

En su análisis, la jueza recordó que el artículo 4o. de la CADH establece: “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.⁴⁹ Asimismo, afirmó que en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, relacionado con la prohibición de practicar la técnica de reproducción asistida *in vitro*, la Corte IDH “declaró que el embrión merece la protección del artículo 4.1 C, desde su implantación en el útero”.⁵⁰

Empero, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, si bien la Corte IDH indicó que “la concepción en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”, también señaló que la protección del derecho a la vida es gradual e incremental, y que la expresión

⁴⁶ Poder Judicial de San Luis, Juzgado Laboral No. 2, sentencia definitiva No. 55/2021, M.P. Maria Eugenia Bona, 18 de marzo de 2021, p. 5.

⁴⁷ “El tribunal conoce el derecho” o “el juez conoce mejor el derecho”, es utilizado por parte de los jueces para aplicar normas que no han sido alegadas por las partes.

⁴⁸ Poder Judicial de San Luis, Juzgado Laboral No. 2, sentencia definitiva No. 55/2021, M. P. Maria Eugenia Bona, 18 de marzo de 2021, p. 8.

⁴⁹ CADH, artículo 4o.

⁵⁰ Poder Judicial de San Luis, Juzgado Laboral No. 2, sentencia definitiva No. 55/2021, M. P. Maria Eugenia Bona, 18 de marzo de 2021, p. 7.

“y en general, a partir del momento de la concepción” demuestra que el texto convencional admite excepciones.⁵¹

Este caso representa un uso problemático del control de convencionalidad por el uso insuficiente que se hizo de la jurisprudencia interamericana. En efecto, la jueza acudió a la jurisprudencia para defender la obligatoriedad de realizar un control de convencionalidad y para señalar que la concepción comienza desde que el embrión se implanta en el útero. No obstante, omitió las consideraciones del tribunal interamericano respecto de la protección de feto (no absoluta, gradual e incremental) o frente a las tensiones suscitadas entre la protección del feto, por un lado, y los derechos de las potenciales personas gestantes, por el otro. De hecho, el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, se analiza la prohibición de la técnica de reproducción asistida a la luz de derechos de las personas gestantes como la vida privada y familiar, la autonomía personal y los derechos reproductivos. Este análisis pudo ser extrapolado a una controversia relacionada con la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo.

Que las y los jueces domésticos estén familiarizados con la jurisprudencia del tribunal interamericano no impide que haya divergencias interpretativas. Ahora bien, es de notar que no dialogar con la jurisprudencia aplicable desmejora la calidad de las decisiones judiciales y no favorece a la difusión e integración de estándares interamericanos en la región.

III. Divergencias en nombre del control de convencionalidad y la necesidad de construir un sentido colectivo

Los casos desarrollados en la sección anterior tienen en común lo siguiente: jueces domésticos llegaron a tesis divergentes de las de la Corte IDH a pesar de haber sostenido que ejercieron un control de convencionalidad.

En el primer caso, la Corte Constitucional de Colombia adujo que realizó una lectura armónica de la CADH para concluir que el peligro para la comunidad puede ser un fin de la prisión preventiva. La Corte IDH ha sostenido, en cambio, que esta restricción de la libertad personal sólo debe tener como

⁵¹ *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrs. 256, 264 y 315.

fin legítimo asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

En el segundo caso, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que la CADH debía interpretarse de manera coherente y sistemática con la Constitución para defender la competencia de órganos administrativos de control para restringir derechos políticos. La Corte IDH, haciendo una interpretación literal de la CADH, ha reiterado que las sanciones que restringen derechos políticos sólo pueden ser impuestas mediante sentencia por un juez penal.

En el tercer caso, el Tribunal Plurinacional de Bolivia defendió la prevalencia en el ordenamiento jurídico interno de la CADH, y concluyó que los derechos políticos sólo pueden restringirse por motivos como la nacionalidad y la edad. Con base en esto habilitó la reelección presidencial indefinida. Si bien no existía jurisprudencia sobre la figura de la reelección en el 2018, la Corte IDH había señalado en el 2008 que los derechos políticos no son absolutos y admiten restricciones orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

En el cuarto caso, la jueza argentina, basándose en el control de convencionalidad, declaró inconstitucionalidad a nivel provincial de la Ley del Aborto (No. 26.710). Al momento de la decisión no había un pronunciamiento específico de la Corte IDH en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Aun así, la jueza argentina citó jurisprudencia de la Corte IDH para señalar que la concepción comienza desde que el embrión se implanta en el útero, y recordó que la CADH protege el derecho a la vida, precisamente, desde la concepción. Sin embargo, omitió mencionar que la Corte IDH ha señalado que la protección del feto es gradual e incremental, y que el derecho a la vida no es absoluto y admite restricciones que deben ser ponderadas con los derechos de la persona gestante.

De fondo, estos casos evidencian que puede existir conciencia frente a la importancia de incorporar la CADH en las decisiones judiciales, pero que es preciso realizar esfuerzos para la construcción de un sentido colectivo. De lo contrario, se puede llegar a tesis divergentes en nombre del control de convencionalidad.

Si se quiere potencializar el control de convencionalidad se debe hacer algo más que apelar a la Corte IDH como órgano intérprete de la CADH o a la prevalencia de la CADH en el ordenamiento jurídico interno. Especialmente por la “insuperable paradoja” de la que habla el juez interamericano Humberto Sierra Porto. Por un lado, el derecho internacional es supremo en el orden

internacional, y los Estados deben cumplir con sus obligaciones de buena fe,⁵² esto es, sin invocar el derecho interno para desatenderlas.⁵³ Por otro lado, en el derecho interno, la supremacía del derecho internacional se ve relativizada por la supremacía constitucional, misma que otorga rango constitucional o legal al derecho internacional.⁵⁴

IV. Hacia una cultura jurídica interamericana

La cultura jurídica interamericana puede entenderse como el conjunto de conocimientos, actitudes y prácticas de las personas que operan la CADH acerca de cómo el marco jurídico debería ser interpretado de buena fe. Es una apuesta dialógica para la construcción de un sentido común que considera que la legitimidad de las normas y de las decisiones judiciales deviene, especialmente, de su compatibilidad con la CADH y los desarrollos de la Corte IDH.

El proyecto de crear una cultura jurídica interamericana considera que lo *normativo* o *legal* es insuficiente. La cultura atiende a la idea de algo común con cierta consciencia de sí. Es un reflejo que facilita la resiliencia. El control de convencionalidad puede ser una herramienta integradora, sin embargo, para ser eficaz se requiere más que una norma habilitadora a nivel doméstico o de un precedente que diga que los estándares interamericanos son vinculantes y no sólo relevantes.

Esta premisa no es extraña a la sociología jurídica. Lawrence Friedman plantea que los sistemas legales no pueden entenderse como entes ortodoxos o dogmáticos que únicamente revisan la validez o no de una norma o su aplicación a un caso concreto.⁵⁵ Sostiene que los sistemas legales tienen tres

⁵² Este principio se encuentra en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Artículo 26: “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁵³ Salmon, Jean, “Article 26”, en Corten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nueva York, Oxford Press, 2011, pp. 676-678.

⁵⁴ Sierra Porto, Humberto, *La Constitución colombiana frente al control de convencionalidad*, España, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 428 y 429.

⁵⁵ Friedman, Lawrence, “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, vol 7, julio de 1994, pp. 117-131.

componentes. Uno *estructural* que responde a las propias instituciones y las formas como operan (cortes, tribunales, la existencia de una constitución escrita, de un sistema federal o la separación de poderes). De otra parte, un elemento sustantivo que se relaciona con las leyes, reglas, doctrinas, decretos, que son usadas tanto por las personas que operan el derecho como por las personas que son gobernadas por este conjunto de normas. Y uno cultural, que alude a ideas, valores, actitudes y opiniones que entrelazan estos elementos y determinan las expectativas de una sociedad con respecto del derecho y su sistema legal.⁵⁶

Adicionalmente, existe una corriente de la sociología jurídica contemporánea que estudia la interacción transnacional del derecho como la generadora de normas y prácticas constitucionales que no reposan en un modelo clásico agencial de formación normativa.⁵⁷ Dentro de esta corriente, autores como Boaventura Sousa Santos y Thornhill han sostenido que el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado como resultado de un proceso transnacional sobre el cual se estabilizan y legitiman las democracias.⁵⁸ Boaventura Sousa Santos ha señalado que la movilización política alrededor del derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido un papel importante para promover una cultura constitucional democrática.⁵⁹

Es aquí donde surgen ideas como componentes interamericanos en las escuelas de formación judicial y examen de ingreso a la judicatura, encuentros judiciales y foros dedicados a la discusión de contenidos jurídicos (no exclusivamente sociales), sentencias de unificación de jurisprudencia a nivel interamericano, diálogos multinivel con cortes y organizaciones sociales de la región donde se difunda y debata decisiones y razonamientos.

Para difundir los razonamientos de la Corte IDH se puede promover que las deliberaciones sean siempre públicas y de fácil acceso. Las Cortes domésticas competentes para hacer abstracto de normas pueden realizar audiencias públicas e invitar personas expertas en jurisprudencia interamericana, de

⁵⁶ Friedman, Lawrence, “Legal Culture and Social Development”, *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 1, agosto 1969, pp. 29-44.

⁵⁷ Thornhill, Chris, *A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure*. Cambridge, Cambridge University Press, 2016; Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*

suerte que se visibilicen los estándares y los razonamientos detrás de estos. Las y los jueces de instancia que se enfrentan a antinomias e interpretaciones divergentes deben contar con discrecionalidad para aplicar el estándar interamericano, especialmente si éste es más favorable, e, idealmente, con recursos expeditos que permitan revisar la conformidad de precedentes domésticos con la CADH. El compromiso con la interamericanización también debería ser evaluado por parte de los Estados a la hora de seleccionar las personas que aspiran ocupar una plaza en la CIDH, la Corte IDH y en el servicio exterior.

Si la Corte IDH no es consistente y dialógica en sus decisiones el control de convencionalidad pierde eficacia. Por eso, la interamericanización pone la lupa en la calidad de las decisiones de la Corte IDH y en la idoneidad de las personas que integran el tribunal interamericano y las altas cortes nacionales. Quienes trabajan con la CADH pueden rodear los procesos de elección de estos cargos y exigir que las personas seleccionadas estén comprometidas con la interamericanización.

En la actividad judicial las divergencias son en cierta medida inevitables. La cultura jurídica Interamericana no presume consensos respecto al ‘deber ser de las cosas’. Los construye a partir interacciones: acuerdos y desacuerdos son conocidos y discutidos para llegar a mejores decisiones. Reconocer la importancia de los consensos también es reconocer que estos son falibles y contingentes, es decir, que están sujetos a errores, cambios, o incluso, a desaparecer.⁶⁰

V. Conclusión

Presumir que el control de convencionalidad es una obligación que no presenta desafíos interpretativos desalienta su uso y le resta eficacia. A nivel doméstico ha habido problemas para el ejercicio del control de convencionalidad, como divergencias respecto a lo que dice la CADH e, incluso, divergencias sobre una misma tesis de la Corte IDH. De hecho, en virtud del control de convencionalidad ha habido decisiones contrapuestas sobre temas de alta tras-

⁶⁰ Vásquez Hoyos, Guillermo. “Elementos filosóficos para la comprensión de una política de ciencia y tecnología”, *Colombia: el despertar de la modernidad*, Bogotá, Foro por Colombia, 1991, pp. 396-451.

endencia social, como la prisión preventiva, las restricciones a los derechos políticos, la reelección indefinida y la interrupción voluntaria del embarazo.

Para alivianar las tensiones y los desafíos interpretativos entre personas que operan con la CADH debe promoverse una cultura jurídica interamericana. Se trata de un proyecto que parte de la premisa de que lo *normativo* es insuficiente y que se necesita de un cambio de lentes cognitivos; uno que, a partir del diálogo judicial y la construcción de un sentido común, predique que la legitimidad de las normas y de las decisiones judiciales deviene, especialmente, de su compatibilidad con la CADH y los desarrollos de la Corte IDH.

La cultura jurídica interamericana tiene varios beneficios. Puede potencializar el control de convencionalidad entre juezas y jueces de la región y prevenir violaciones de derechos humanos. Adicionalmente, puede contribuir a que las autoridades a cargo del control abstracto de normas hagan interpretaciones internas conformes con la CADH y los desarrollos del tribunal interamericano, al margen de las discusiones que parecen no tener solución sobre la recepción doméstica del derecho internacional y su jerarquía. Con esto se satisface la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, y de paso, se reduce el margen para antinomias e interpretaciones divergentes que dificultan la labor de jueces de instancia.

Asimismo, puede contribuir a que las y los jueces domésticos tomen mejores decisiones e incorporen en sus fallos precedentes, principios, discusiones, criterios y estándares que enriquezcan su argumentación. Para esto es fundamental un buen manejo de la jurisprudencia interamericana y comprender que el control de convencionalidad no se reduce a una lectura exegética de la CADH.

La cultura jurídica interamericana no sólo promueve y potencializa el control de convencionalidad a nivel doméstico, sino que, además, puede enriquecer el trabajo de la propia Corte IDH, pues pone la lupa en sus decisiones y en las personas que integran el tribunal. Se espera que sus decisiones sean consistentes en la aplicación de precedentes y rigurosas al argumentar porque se apartan de los mismos. En paralelo, se espera de las personas que integran (o aspiran integrar el tribunal) que defiendan un proyecto regional de interamericanización.

VI. Bibliografía

- ANSOLABEHERE, Karina *et al.*, “Conceptualizar y medir la cultura legal, evidencia a partir de una encuesta a los jueces federales mexicanos”, *Política y Gobierno*, México, vol. XXIX, II semestre de 2022.
- BENENTE, Mauro, “Nueva Constitución Política y estructura de poder en Bolivia”, *Revista de la facultad de derecho de México*, Ciudad de México, 2020.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford, 2011.
- FRIEDMAN, Lawrence, “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, vol. 7, julio de 1994.
- FRIEDMAN, Lawrence, “Legal Culture and Social Development”, *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 1, agosto de 1969.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, Santiago de Chile, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, “Antinomias y lagunas”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999.
- MARTÍNEZ, Santiago y VIRGÜEZ, Santiago, “¿Quién interpreta a la Corte IDH?: la aplicación del control de convencionalidad en el nivel nacional”, *Agenda Estado de Derecho*, 2021, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/quien-interpreta-a-la-corte-idh-aplicacion-del-control/>
- MONCADA, Patricia, “Redistribución de poderes: sistema de fuentes y división de poderes en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Público*, diciembre de 2007, pp. 1-9, disponible en: <https://derechopublico.unian-des.edu.co/>
- PINTO, Mónica, “El Principio pro homine: Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CELS, 2004.
- SALINAS ALVARADO, Carlos Eduardo, “El “Choque de Trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos metanormativos en Colombia”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Madrid, núm. 14, 2017.
- SALMON, Jean, “Article 26”, en CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nueva York, Oxford Press, 2011.

- SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge, Reino Unido, 2003, 122.
- SIERRA PORTO, Humberto, *La Constitución colombiana frente al control de convencionalidad*, España, Tirant Lo Blanch, 2013.
- SOUSA SANTOS DE, Boaventura. “Toward a New Legal Common Sense”, en *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- THORNHILL, Chris, *A Sociology of Transnational Constitutions: Social Foundations of the Post-National Legal Structure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, Derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, 2006.
- VÁSQUEZ HOYOS, Guillermo, “Elementos filosóficos para la comprensión de una política de ciencia y tecnología”, *Colombia: el despertar de la modernidad*, Bogotá, Foro por Colombia, 1991.

Comentarios

El Acuerdo Ambiental Regional de Escazú: una comparación con la Convención de Aarhus

*The Regional Environmental Agreement of Escazú:
a Comparison with the Aarhus Convention*

*L'Accord Régional sur l'Environnement d'Escazú:
une Comparaison avec la Convention d'Aarhus*

Gerhard Niedrist

 <https://orcid.org/0000-0002-2852-4661>

Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Nuevo León. México
Correo electrónico: gerhard.niedrist@tec.mx

Aida Figueroa Bello

 <https://orcid.org/0000-0002-2699-642X>

Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León. México
Correo electrónico: aida.figueroabl@uanl.edu.mx

Recepción: 9 de mayo de 2023

Aceptación: 27 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2024.24.18151>

Resumen: El Acuerdo de Escazú es un acuerdo ambiental regional en América Latina firmado por 24 Estados en 2018 y que entró en vigor entre 15 Estados en 2021. El acuerdo se basa en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y garantiza el derecho a la información, a la participación y a la revisión judicial en procedimientos medioambientales. El Acuerdo de Escazú es innovador en el sentido que garantiza explícitamente el derecho a todo ser humano a un medio ambiente sano y que contiene su propio mecanismo de supervisión, el cual incluye, entre otros, la posibilidad de denuncias individuales por parte de particulares y de la sociedad civil. El Acuerdo de Escazú es el segundo ejemplo de un acuerdo regional sobre medio ambiente y es muy similar en muchos aspectos al Convenio Europeo de Aarhus, que tiene 20 años de antigüedad, y el cual se basa en los mismos orígenes, principios, contemplando estructuras de supervisión casi idénticas. Desde su entrada en vigor en 2001, la Convención de Aarhus ha influido en gran medida en la legislación y la jurisprudencia europeas en materia de medio ambiente. En comparación con el

Convenio de Aarhus, el Acuerdo de Escazú parece de mayor alcance y más ambicioso, por ejemplo, al normalizar explícitamente el derecho humano a un medio ambiente sano. Sin embargo, al compararse ambos acuerdos de manera detallada, resulta evidente que el Acuerdo de Escazú carece de algunos detalles técnico-legislativos, por lo que pudiéramos plantear hipotéticamente, que su influencia no resultaría comparable en la legislación y jurisprudencia medioambiental latinoamericana.

Palabras clave: Acuerdo de Escazú, Convención de Aarhus, medio ambiente, América Latina.

Abstract: The Escazu Agreement is a regional environmental agreement in Latin America signed by 24 States in 2018 and entered into force among 13 States in 2021. The agreement builds on the 1992 Rio Declaration and guarantees the right to information, participation and judicial review in environmental proceedings. The Escazú Agreement is innovative in that it explicitly guarantees the right of every human being to a healthy environment and contains its own monitoring mechanism, which includes the possibility of individual complaints by individuals and civil society. The Escazu Convention is the second example of a regional environmental agreement and is similar in many respects to the 20-year-old European Aarhus Convention, which is based on the same origins, principles and has almost identical monitoring structures. Since its entry into force in 2001, the Aarhus Convention has greatly influenced European environmental legislation and case law. Compared to the Aarhus Convention, the Escazu Agreement appears more far-reaching and ambitious, for example, by explicitly standardizing the human right to an intact environment. However, if one compares the two more detailed agreements, it is clear that the Escazu Convention lacks some technical-legislative details, so that a comparable influence on Latin American environmental legislation and jurisprudence cannot be expected.

Keywords: Escazú Agreement, Aarhus Convention, environment, Latin America.

Résumé: L'accord d'Escazu est un accord environnemental régional en Amérique latine signé par 24 États en 2018 et entré en vigueur entre 13 États en 2021. L'accord s'appuie sur la Déclaration de Rio de 1992 et garantit le droit à l'information, à la participation et au contrôle judiciaire dans les procédures environnementales. L'accord d'Escazú est innovant en ce qu'il garantit explicitement le droit de chaque être humain à un environnement sain et contient son propre mécanisme de surveillance, qui inclut la possibilité de plaintes individuelles par des particuliers et la société civile. La convention d'Escazú est le deuxième exemple d'accord régional sur l'environnement et est similaire à bien des égards à la convention européenne d'Aarhus, vieille de 20 ans, qui repose sur les mêmes origines et principes et prévoit des structures de suivi presque identiques. Depuis son entrée en vigueur en 2001, la convention d'Aarhus a fortement influencé la législation et la jurisprudence européennes en matière d'environnement. Comparé à la convention d'Aarhus, l'accord d'Escazu semble avoir une plus grande portée et être plus ambitieux, par exemple en normalisant explicitement le droit de l'homme à un environnement intact. Toutefois, si l'on compare les deux accords plus détaillés, il apparaît clairement que la convention d'Escazu manque de détails technico-législatifs, de sorte que l'on ne peut s'attendre à une influence comparable sur la législation et la jurisprudence environnementales latino-américaines.

Mots clés: Accord d'Escazú, Convention d'Aarhus, environnement, Amérique latine.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Aarhus y Escazú. Similitudes y diferencias*. III. *Un nuevo modelo de supervisión de cumplimiento*. IV. *Jurisprudencia doméstica*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

El Acuerdo de Escazú,¹ el cual entró en vigor en abril de 2021, representa sin duda alguna, un hito en la protección regional del medio ambiente en América Latina. El tratado se basa en el principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992² y está abierto para los Estados miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Dicho Acuerdo busca la protección del medio ambiente basándose en tres pilares fundamentales: el derecho a la información, la participación pública y la revisión judicial. Cabe mencionar que fue recibido con muchos halagos políticos, por ejemplo, al concluir las negociaciones, el vicepresidente costarricense lo calificó como “un enorme paso adelante para hacer realidad la democracia medioambiental”³ y Alicia Bárcena, entonces Secretaria General de la CEPAL, expresó que el acuerdo “se convertiría en un sinónimo de mayor democracia, transparencia y bienestar”.⁴

¹ 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 (Acuerdo de Escazú), *Escazú*, 4.3.2018, 3397 U.N.T.S. 1.

² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992) Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992. Textualmente el Principio 10 dice: “Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

³ CEPAL, Fourteen Countries Sign New Generation Agreement at UN Headquarters on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters, disponible en: <https://www.cepal.org/en/pressreleases/fourteen-countries-sign-new-generation-agreement-un-headquarters-access-information> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

⁴ Bárcena, Alicia, *The Escazú Agreement: aAn Environmental Milestone for Latin America and the Caribbean*, CEPAL, 26 de septiembre de 2018, disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/article/files/op-ed_escazu_final_english_final.pdf (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, el Acuerdo de Escazú no solamente contiene principios de la protección internacional del medio ambiente, sino también, establece a través de sus propias instituciones, la supervisión de cumplimiento del acuerdo, el cual también contempla la posibilidad de presentación de casos en contra de sus Estados por parte de particulares. Por tanto, dicho instrumento debe considerarse un elemento novedoso de la protección internacional de medio ambiente, así como también un nuevo instrumento de la protección internacional de derechos humanos.

A este respecto, el Acuerdo de Escazú es el segundo acuerdo regional sobre medio ambiente después del Convenio de Aarhus,⁵ el cual tiene 20 años más de antigüedad y se celebró en el marco de Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE). El Convenio de Aarhus, al igual que el Acuerdo de Escazú, se basa explícitamente en el Principio 10 de la Declaración de Río y ambos tratados comparten ambiciones, objetivos, estructura, contenido, funcionamiento y características de los órganos de supervisión de cumplimiento.

Sin embargo, resultaría una simpleza considerar al Acuerdo de Escazú sólo como una copia latinoamericana de la Convención de Aarhus.⁶ A pesar de todas sus similitudes y sus orígenes en común con los principios de Río, ambos acuerdos difieren en aspectos esenciales. El objetivo de este artículo es analizar el Acuerdo de Escazú en contraste con la Convención de Aarhus. En primer lugar, compararemos la estructura y el contenido de ambos acuerdos, para, con posterioridad, analizar sus mecanismos de cumplimiento. Del mismo modo, destacaremos el hecho de que ambos acuerdos deban considerarse tratados de derechos humanos, y finalmente, intentaremos ofrecer una visión general del impacto jurídico del Convenio de Aarhus en los litigios nacionales en materia de medio ambiente, especialmente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, expondremos que, aunque el Acuerdo de Escazú utiliza un lenguaje más moderno y ambicioso, carece de elementos esenciales en lo que toca a su implementación técnica-administrativa. Por consiguiente, cabe esperar que el Acuerdo de Escazú tendrá significativamente menos

⁵ Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente (Convenio de Aarhus), Aarhus, 25 June 1998, 2161 U.N.T.S. 447.

⁶ Barritt, Emily, "Global values, transnational expression: from Aarhus to Escazú", en Heyvaert, Veerle y Duvic-Paoli, Leslie-Anne (comp.), *Research Handbook on Transnational Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 198-215.

impacto, que el Convenio de Aarhus. Concluiremos afirmando que para que el Acuerdo de Escazú goce de eficacia, requerirá de sistemas judiciales nacionales fuertes e independientes para así garantizar el derecho a un medio ambiente sano en las Américas.

II. Aarhus y Escazú. Similitudes y diferencias

1. Alcances y definiciones

Tanto el Acuerdo de Escazú, como también la Convención de Aarhus, implementan el principio 10 de la Declaración de Río Janeiro, según el cual “en el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente [...], así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones [...] Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.⁷

Las negociaciones sobre la Convención de Aarhus concluyeron en 1998 y el tratado entró en vigor en 2001, por lo que tiene más antigüedad que el Acuerdo de Escazú —poco más de 20 años— cuyas negociaciones concluyeron en 2018 y el cual entró en vigor en abril de 2021. Sin embargo, ésta no es la única razón por la que el texto del Acuerdo de Escazú parece más moderno, de mayor alcance y más ambicioso, que el de su homólogo europeo. Ambas convenciones son administradas por sus respectivas comisiones económicas regionales de las Naciones Unidas, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) y la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), respectivamente.

Una diferencia esencial entre el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú radica en su alcance geográfico y su aceptación. El Convenio de Aarhus ha sido ratificado por 47 Partes, incluidos los 27 Estados miembros de la Unión Europea, la propia UE, el Reino Unido y otros países europeos y de Asia Cen-

⁷ Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente (Convenio de Aarhus), Aarhus, 25 June 1998, 2161 U.N.T.S. 447.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992), Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992.

tral. De los principales miembros de la CEPE, sólo faltan Rusia y Turquía. El Convenio de Aarhus tiene una cobertura continental casi universal, y la UE y sus Estados miembros asumen un claro liderazgo en la aplicación y comprensión de los derechos ambientales.

La Convención de Aarhus ofrece la posibilidad⁸ de que los miembros de la ONU que no pertenecen a la CEPE también puedan adherirse a ella. Sin embargo, hasta la fecha sólo Guinea-Bissau ha decidido hacerlo.⁹ Ello demuestra que la participación en un tratado, negociado y administrado a nivel regional, resulta poco atractiva para los Estados no-miembros de, en este caso, la CEPE. Con tal posibilidad, la Convención de Aarhus rompe su propia promesa de que los problemas medioambientales habrían de resolverse lo más cerca posible de sus causas.¹⁰

En este sentido y como subraya Alicia Bárcena en el entorno de su negociación, lo importante del Acuerdo de Escazú es que fue “negociado por y para la región”.¹¹ Sin embargo, su nivel de aceptación regional es menor que el de la Convención de Aarhus. Aunque el Acuerdo de Escazú es todavía muy joven y sigue abierto a ratificación, parece poco probable que alcance una aceptación similar a la del Convenio de Aarhus. De los 46 Estados miembros de la CEPAL, 24 han firmado el acuerdo y, hasta la fecha, sólo 15 lo han ratificado. Varios Estados firmantes como Brasil, Guatemala e incluso Costa Rica —uno de los principales promotores del acuerdo y sede de sus negociaciones—¹² han anunciado que no seguirán el proceso de ratificación, mientras que, en países como Chile o Colombia, ha habido resistencia por parte de algunos partidos políticos; no obstante ello, iniciaron el proceso de ratificación después de un cambio de gobierno.¹³ Estados Unidos y Canadá, a pesar de ser miembros de la CEPAL y tendiendo los mejores niveles de protección

⁸ Véase artículo 19, párr 3.

⁹ Etemire, Uzuazo, “Public Voices and Environmental Decisions: The Escazú Agreement in Comparative Perspective”, *Transnational Environmental Law*, año 12, núm. 1, 2023, pp. 175-199, doi:10.1017/S2047102522000449.

¹⁰ Barritt, Emily, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

¹¹ Bárcena, Alicia, *op. cit.*

¹² Rodríguez V., Luis Felipe, *Escazú sin Costa Rica*, Agenda Estado de Derecho, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/escazu-sin-costa-rica/> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

¹³ *El País*, Los países de América Latina discuten el Acuerdo de Escazú y la protección de líderes ambientales, disponible en: <https://elpais.com/america-futura/2023-04-20/los-paises->

medioambiental de la región, no pueden adherirse al Convenio de Escazú.¹⁴ Esto demuestra también que la integración política regional en América Latina no alcanza el nivel de Europa, donde la Unión Europea asume un claro liderazgo y protagonismo.¹⁵

Una diferencia muy notable con respecto al ámbito de aplicación sustantivo del Acuerdo de Escazú se encuentra en su artículo 4o., apartado 1, en cuyo texto se establece: “Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo”.¹⁶

Tal estipulación inequívoca de que toda persona tiene derecho humano a un medio ambiente sano representa una novedad¹⁷ del Acuerdo de Escazú. Este reconocimiento de un medio ambiente sano para todas las personas es, particularmente, en conjunto con la posibilidad de exigir estos derechos en procedimientos propios, una prueba clara de que el Acuerdo de Escazú tiene que considerarse un tratado de derechos humanos y de que forma parte de un fenómeno denominado “ecologización de los derechos humanos”.¹⁸ Si bien es cierto que la Convención de Aarhus igualmente contiene elementos que generan derechos para individuos,¹⁹ carece de un claro reconocimiento de un derecho a un medio ambiente sano y se limita en el texto a reconocer derechos de índole procesal²⁰ a base de derechos sustantivos nacionales. En última instancia, la Convención de Aarhus simula la condición de ser un tratado de derechos humanos, en lugar de ser uno explícitamente.²¹

[de-america-latina-discuten-el-acuerdo-de-escazu-y-la-proteccion-de-lideres-ambientales.html](https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2024.24.18151)

(fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

¹⁴ Véase el artículo 21 del Acuerdo de Escazú.

¹⁵ Nolte, Detlef, “From the summits to the plains: the crisis of Latin American Regionalism”, *Latin American Policy*, año 12, núm. 1, 2021, pp. 181-192; Nolte, Detlef y Weiffen, Brigitte (eds.), *Regionalism under stress: Europe and Latin America in comparative perspective*, Routledge, 2020.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 19 de julio de 2018, A/73/188.

¹⁸ Sands, Philippe, *Greening international law*, Routledge, Milton Park, 2014.

¹⁹ Cramer, Benjamin W., “The Human Right to Information, the Environment and Information About the Environment: From the Universal Declaration to the Aarhus Convention”, *Communication Law and Policy*, año 14, núm. 1, 2009, pp. 73-103.

²⁰ Barritt, Emily, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

²¹ *Ibidem*, p. 204.

Otro elemento de derechos humanos se encuentra con el principio *pro persona* expresamente en el artículo 3o., lit. k del Acuerdo de Escazú, según el cual, en caso de discrepancia entre el derecho internacional y el nacional, prevalecerá la interpretación más favorable al individuo. Este principio tiene su origen en la doctrina relacionada entre el derecho nacional, constitucional e internacional de los derechos humanos, y ha sido aplicado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en la de varias cortes supremas en el ámbito latinoamericano, además de estar consagrado explícitamente en las constituciones de México y otros estados americanos.²²

Finalmente, el Convenio de Escazú también contempla una definición más amplia que el Convenio de Aarhus, en cuanto a lo que debe entenderse por “público” en el sentido del respectivo convenio. Según el artículo 2o., lit. d del Acuerdo de Escazú, se comprende como tal a “una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas”. Esto sólo se limita en la medida en que sean nacionales de la parte contratante o bien, estén sujetas a su jurisdicción.²³ La Convención de Aarhus emplea una definición de “público” muy similar, pero los grupos u ONG deben estar constituidos con arreglo a la legislación nacional. A diferencia de ello, no se exigen más requisitos en materia de nacionalidad.

Sin embargo, la Convención de Aarhus adicionalmente establece la distinción del “público interesado”. Según el apartado 5 del artículo 2o. de la Convención de Aarhus, se trata del “público afectado o que pueda verse afectado por decisiones en materia de medio ambiente o que tenga un interés en el proceso de toma de decisiones”. Partiendo de esta base, la Convención de Aarhus distingue entre los derechos que puede reclamar el “público” en general, como el derecho a la información, y los que sólo puede reclamar el “público interesado”, como el derecho a la participación pública y a la revisión judicial. El hecho de que dicha distinción no se contempla de esta manera en el Acuerdo de Escazú, demuestra que también su ámbito de aplicación personal es mucho más amplio con respecto al Convenio de Aarhus.

²² Castilla, Karlos, “El principio *pro-persona* en la administración de justicia”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 20, 2009, pp. 65-83.

²³ Nalegach, Constance y Astroza, Paulina, “La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú”, *Documentos de trabajo (Fundación Carolina): Segunda época*, núm. 40, 2020, pp. 1 y 9.

2. Derecho a información, participación pública y acceso a la justicia

Tanto Aarhus como Escazú reconocen el derecho de acceso a la información pública medioambiental en sus artículos 4o. (Aarhus) y 5o. (Escazú). Ambos convenios utilizan una redacción casi idéntica, conforme a la cual el artículo 5o., párr. 1 del Acuerdo de Escazú establece que “cada Parte garantizará el derecho de acceso del público a la información medioambiental que obre en su poder [...] de conformidad con el principio de máxima divulgación”. Como podemos observar, el derecho a la información resulta ser la parte menos controvertida de ambos tratados y es, por tanto, un derecho para toda persona física y moral, independientemente de su nacionalidad,²⁴ que no está sujeto a ningún criterio particular, ni requiere un interés jurídico específico.²⁵

Ambos acuerdos contienen excepciones que permiten retener información pública, si acaso su divulgación perjudicara al medio ambiente, causara daños específicos a la aplicación de la ley y/o la prevención de delitos, o interfiriera con la protección de la vida, la salud y la seguridad de las personas, o la seguridad nacional. Estas cláusulas son una clara evidencia del carácter de derechos humanos de los acuerdos de derecho medioambiental.²⁶ A diferencia de Aarhus, Escazú no contiene ninguna excepción relativa a la propiedad intelectual o a los secretos empresariales y comerciales, lo que mejora la protección del medio ambiente frente a los intereses empresariales privados.

Resulta por demás interesante mencionar como una característica única del Acuerdo de Escazú que reconoce que no a todos los grupos sociales les resulta igual de fácil solicitar información pública. Por lo tanto, los grupos vulnerables y los pueblos indígenas tienen derecho explícito a la asistencia del Estado para formular solicitudes o recibir respuestas.²⁷ Sin embargo, en la práctica el funcionamiento de tal derecho en los Estados contratantes del acuerdo sólo quedará claro tras unos años de aplicación.

²⁴ Alge, Thomas y Schamschula, Gerhard, “Meilensteine der Aarhus-Umsetzung”, en Hochreiter, Werner, *Informationen zur Umweltpolitik, Band 192: 15 Jahre Aarhus-Konvention. Tagungsband*, Viena, 2017, pp. 3 y 4.

²⁵ Seifert, Ulrich, “Fortschritte beim Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten nach artículo 9o., parr. 3, Aarhus-Konvention? Jüngste Lösungsansätze von EuGH und BVerwG”, *ZEUS Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, año 19, núm. 1, 2016, pp. 49-84.

²⁶ Cramer, Benjamin W., *op. cit.*

²⁷ Véanse los artículos 5o., párrs. 3 y 4 del Acuerdo de Escazú.

Como segundo pilar, tanto la Convención de Aarhus, como el Acuerdo de Escazú establecen el derecho a participar en la toma de decisiones medioambientales. Según el artículo 7o., párr. 2o. de Escazú, las Partes “garantizan mecanismos para la participación del público [...] con respecto a proyectos y actividades [...] que tengan o puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente”.

Es en esta participación pública donde surgen las mayores diferencias entre ambos convenios. El derecho a participar en procedimientos ambientales del artículo 7o. del Acuerdo de Escazú parece detallado y exhaustivo, con un total de 17 apartados; pero el texto está redactado de forma vaga y no proporciona términos, condiciones o definiciones específicas. En concreto, y de acuerdo al artículo 7o., “cada parte [...] promoverá la participación” (párr. 3), “garantizará que el público pueda participar[...] desde las primeras fases” (párr. 4), “establecerá plazos razonables” (párr. 5), “incluirá la oportunidad de presentar observaciones a través de los medios apropiados disponibles” (párr. 7), “establecerá condiciones favorables a la participación del público” (párr. 11) o “se esforzará por identificar al público directamente afectado” (párr. 16). Sin embargo, dichas cláusulas no están formuladas con suficiente claridad y precisión, por lo que sólo pueden tener un carácter orientativo en lo referente a la interpretación de la disposición. En vista de lo anterior, parecería cuestionable que se pueda garantizar plenamente la eficacia de la participación pública.

La Convención de Aarhus adopta un enfoque diferente, más específico y preciso, respecto al derecho a la participación del público. Según el artículo 6o., párr. 1, lit. a del Convenio de Aarhus, el público tiene derecho a participar en la toma de decisiones medioambientales con respecto a todas las actividades enumeradas específicamente en el anexo I, el cual forma una parte integrante de la Convención. El anexo I contiene 19 categorías detalladas de proyectos que tienen el potencial de dañar el medio ambiente, tales como: minería, acerías, industrias químicas y de residuos, plantas industriales, oleoductos y gasoductos, al igual que agricultura.

Es importante señalar que los proyectos medioambientales que no figuran en el anexo I aún pueden requerir la participación del público en virtud del artículo 6o., párr. 1, lit. b del Convenio de Aarhus, si “pueden tener un efecto significativo sobre el medio ambiente”. Por tanto, se trata de una disposición subsidiaria aplicable a todos los casos no contemplados en el anexo I del Convenio de Aarhus.

El Acuerdo de Escazú carece de un régimen preciso y equiparable sobre cuales proyectos con posible impacto al medioambiente requieren necesariamente la participación del público y establecen, con posterioridad, el derecho de los ciudadanos a un recurso judicial. Curiosamente, las normas que establecen el derecho a la participación pública en el Acuerdo de Escazú son casi idénticas a la cláusula residual subsidiaria del Convenio de Aarhus. A diferencia de las ambiciosas disposiciones generales, el Acuerdo de Escazú omite el anexo I como base del Convenio de Aarhus y se limita a reproducir sus disposiciones subsidiarias.

Los Estados negociadores como “legisladores” del Convenio de Aarhus han consolidado y definido con claridad y precisión qué proyectos constituyen el derecho a los defensores del medio ambiente o al público en general, a participar en la toma de decisiones medioambientales, sustrayendo así la cuestión a la interpretación y discrecionalidad de las autoridades administrativas nacionales y judiciales. En otras palabras, aunque el Convenio de Escazú es superior al Convenio de Aarhus en cuanto a ambición, alcance y reconocimiento de los grupos desfavorecidos, comparativamente, adolece de inexactitud e imprecisión técnica y procedimental.

Como tercer pilar, el artículo 9o. del Convenio de Aarhus²⁸ y el artículo 8o. del Acuerdo de Escazú²⁹ garantizan el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Literalmente, el artículo 8o., párrafo 2 del Acuerdo de Escazú establece que

Cada Parte asegurará “[...] el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento” cualquier decisión, acción u omisión relacionada “con el acceso a la información ambiental” (lit. a), “la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales” (lit. b), y “cualquier otra decisión, [...] que afecte [...] al medio ambiente o [...] normas jurídicas relacionadas” (lit. c).

En su artículo 9o., Aarhus establece el derecho a revisión judicial en caso de violación del derecho de acceso a la información (párr. 1) y de participación pública (párr. 2), vinculados a su vez con las definiciones precisas del anexo I de la Convención.³⁰ Sobre esta base, el artículo 9o., párr. 3 de Aarhus

²⁸ Convenio de Aarhus, *op. cit.*

²⁹ Acuerdo of Escazú, *op. cit.*

³⁰ Seifert, Ulrich, *op. cit.*, p. 53.

hus concede adicionalmente el derecho a la protección judicial para todos aquellos proyectos medioambientales que no estén enumerados en el anexo I, pero que requieran la participación del público o tengan derecho a la protección judicial sobre la base de las leyes y definiciones medioambientales nacionales.³¹

La Convención de Escazú³² también exige que se preste asistencia técnica y jurídica a los grupos e individuos vulnerables, y que se disponga de suficientes traductores e intérpretes. Se trata de una clara distinción con respecto al Convenio de Aarhus, que da por sentado que los ciudadanos saben leer y escribir, tienen conocimientos lingüísticos y saben cómo participar en la toma de decisiones medioambientales. En resumen, el Convenio de Aarhus dificulta el acceso de las personas más pobres y vulnerables a los derechos que consagra.³³

El Acuerdo de Escazú,³⁴ a diferencia de su homólogo europeo, también aborda la protección de los defensores de los derechos humanos en asuntos medioambientales, que a menudo son objeto de altos niveles de violencia en América Latina.³⁵ En este sentido, cabe afirmar que, desde una óptica contextual, los dos tratados son diametralmente opuestos en el entorno social y político en el que los activistas desarrollan sus actividades. La violencia contra los activistas de derechos humanos y medioambientales está muy extendida en América Latina. De los 212 activistas medioambientales asesinados en todo el mundo en 2020, 148 casos, es decir, el 70 %, se produjeron en América Latina.³⁶

México —a diferencia de la mayoría de las partes del Acuerdo de Escazú— que podría asumir un papel de liderazgo en la aplicación efectiva del Acuerdo de Escazú debido a su importancia política y económica en la región, está considerado uno de los países más violentos contra los activistas de derechos humanos y medioambientales. Es la única parte del Acuerdo de

³¹ Convenio de Aarhus, *op. cit.*, artículo 9o., párr. 3.

³² Acuerdo de Escazú, *op. cit.*, artículo 8o., párrs. 4-6.

³³ Barritt, Emily, *op. cit.*

³⁴ Acuerdo de Escazú, *op. cit.*, artículo 9o.

³⁵ Global Witness, Last line of Defence. The Industries Causing the Climate Crisis and Attacks Against Land and Environmental Defenders, 2021, disponible en: https://www.globalwitness.org/documents/20191/Last_line_of_defence_high_res_September_2021.pdf (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023).

³⁶ *Idem.*

Escazú que ha registrado casos de asesinatos contra defensores del medio ambiente. Sólo en 2020, 18 activistas medioambientales fueron asesinados en la tensión entre intereses económicos, cárteles de la droga y políticos corruptos federales y, sobre todo, locales. Resulta indudable que un programa federal para proteger a periodistas y activistas de derechos humanos es ambicioso en términos legislativos, pero en la práctica, ineficaz en su implementación en las diferentes entidades federativas.³⁷

Sin embargo, está por verse si los compromisos poco específicos del Acuerdo de Escazú pueden contribuir realmente a mejorar el acceso a la justicia y la seguridad de los activistas de derechos humanos, o si se quedarán meramente en el plano discursivo.

III. Un nuevo modelo de supervisión de cumplimiento

El Convenio de Aarhus³⁸ y el Acuerdo de Escazú³⁹ establecen un nuevo modelo de supervisión de cumplimiento de sus acuerdos, que no se basa únicamente en informes oficiales o en procesos entre Estados, sino que el público puede hacer valer directamente sus derechos medioambientales frente a los Estados. Los procedimientos tradicionales están diseñados para resolver conflictos entre Estados, pero su capacidad resulta limitada para proteger el derecho a un medio ambiente intacto como derecho humano colectivo.⁴⁰

El procedimiento de supervisión de cumplimiento del Convenio de Aarhus y el Convenio de Escazú se basan en los principios de no ser conflictivos, mirar hacia el futuro, no basarse en el consentimiento y salvaguardar los inte-

³⁷ Naciones Unidas, *Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Diagnóstico sobre el Funcionamiento del Mecanismo*, Ciudad de México, 2019, disponible en: https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/190725-Diagnostico-Mecanismo-FINAL.pdf (fecha de consulta: 30 de agosto de 2022).

³⁸ Convención de Aarhus, *op. cit.*, artículo 15.

³⁹ Acuerdo de Escazú, *op. cit.*, artículo 18, párr. 2.

⁴⁰ Fasoli, Elena y McGlone, Alistair, "The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as 'Soft' Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All!", *Netherlands International Law Review*, año 65, núm. 1, 2018, pp. 27-53, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0102-0>

reses comunes de las Partes.⁴¹ Según el Acuerdo de Escazú,⁴² “el Comité será consultivo y transparente, no contencioso, no judicial y no punitivo... y formulará recomendaciones de conformidad con las normas de procedimiento establecidas por la Conferencia de las Partes”.

El Acuerdo de Escazú no entró en vigor hasta 2021, después de una fase de definición del reglamento interno; actualmente se encuentra en la de constitución de su comité de cumplimiento.⁴³ En consecuencia, todavía no hay casos medioambientales que hayan sido tratados por el comité de cumplimiento. Por lo tanto, las explicaciones siguientes serán de carácter exploratorias y se limitan a señalar las similitudes y diferencias más importantes y notables de la estructura jurídica, así como también, a plantear una perspectiva de la posible evolución en el marco del Acuerdo de Escazú.

Basándose en el artículo 15 del Convenio de Aarhus y por decisión de un grupo de trabajo de las Partes, el Comité de Cumplimiento inició su labor en octubre de 2002. El Acuerdo de Escazú⁴⁴ establece un marco casi idéntico al del Convenio de Aarhus, según el cual un “Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento” deberá “promover la aplicación de la presente Convención y prestar asistencia a las Partes a este respecto”. Curiosamente, el Acuerdo de Escazú permite al Comité “prestar especial atención a las capacidades y circunstancias nacionales” de las Partes, una disposición que no se encuentra en el Convenio de Aarhus y que parece tener en cuenta, la heterogeneidad de los países y las sociedades latinoamericanas. La práctica y la jurisprudencia futuras del Comité de Cumplimiento americano mostrarán si esta disposición tiene el potencial de socavar el desarrollo uniforme del mecanismo de cumplimiento americano, o si puede contribuir a una interpretación y supervisión sólidas e independientes del Convenio.

Las normas de cumplimiento de ambos acuerdos regionales establecen que un caso puede ser remitido al Comité por la Secretaría, por un Estado Parte,

⁴¹ Tanaka, Yoshifumi, “Compliance Procedures: Multilateral Environmental Agreements (MEAs)”, en Ruiz Fabri, Hélène (comp.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* Oxford, New York, Oxford University Press, 2021, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/page/803> (fecha de consulta: 22 de septiembre de 2022).

⁴² Acuerdo of Escazú, *op. cit.*, artículo 18, párr. 2.

⁴³ Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento del Acuerdo de Escazú, disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu/comite-apoyo-la-aplicacion-cumplimiento-acuerdo-escazu> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

⁴⁴ Acuerdo of Escazú, *op. cit.*, artículo 18.

por el propio Estado en busca de asesoramiento o asistencia, por una solicitud de la Reunión de las Partes o por una comunicación “de un miembro o miembros del público en relación con el cumplimiento de la Convención por esa Parte”.⁴⁵

Una de las principales innovaciones de ambos acuerdos medioambientales regionales es la posibilidad de que el público presente reclamaciones contra sus respectivos Estados. Los acuerdos no sólo establecen obligaciones entre los Estados, sino que también contienen derechos sustantivos y procesales directos para los individuos, lo que, a su vez, subraya su carácter de derechos humanos.⁴⁶ En el contexto del Convenio de Aarhus, este es, por mucho, el método más utilizado para presentar un caso de incumplimiento.

De los 190 casos presentados al Comité de Cumplimiento, solo cinco no fueron presentados por particulares o una ONG.⁴⁷ Esto demuestra que el Convenio de Aarhus —como tratado regional sobre medio ambiente— es capaz de dar voz al público en general, en la protección del medio ambiente y sensibilizarlo, incluso en Estados en los que persista un Estado de derecho relativamente débil y bajos niveles de protección ambiental.⁴⁸ También explica que las ONG de las Partes del Convenio de Escazú, en particular tienen grandes esperanzas de hacer oír más su voz, a través del proceso de cumplimiento de supervisión.⁴⁹

Todas las reuniones del Comité de Cumplimiento de Aarhus están abiertas al público, excepto cuando ello suponga una amenaza para el medio ambiente

⁴⁵ United Nations Economic Commission for Europe, Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, *Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Report of the First Meeting of the Parties*, 2 de abril de 2004, Addendum Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8.

⁴⁶ Fasoli y McGlone, *op. cit.*

⁴⁷ United Nations Economic Commission for Europe, Compliance Committee (2022), disponible en: <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee>

⁴⁸ World Justice Project, WJP Rule of Law Index, 2022, disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023).

⁴⁹ Véase de manera ejemplar las propuestas de ONG's para la implementación del Acuerdo de Escazú. The Access Initiative, Proposals to ensure Implementation of the Escazu Agreement, disponible en: <https://accessinitiative.org/get-involved/campaigns/proposals-ensure-implementation-escazu-agreement> (fecha de consulta: 25 de junio de 2022).

o para la integridad de cualquier persona o —curiosamente— cuando el caso implique el incumplimiento por una de las Partes.⁵⁰

El proceso no es judicial y cada caso ante el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus comienza con un recordatorio de este especial carácter. En la práctica, sin embargo, el trabajo del Comité se considera bastante riguroso e incluye varios elementos de confrontación. La independencia, influencia y efectividad del Comité de Cumplimiento se ve subrayada por el hecho de que la Comisión Europea, así como también algunas voces en la literatura, consideran que sus conclusiones del Comité podrían estimarse como derecho internacional vinculante y no sólo meras recomendaciones para los Estados.⁵¹

Sin embargo, esta interpretación parece ir demasiado lejos, ya que no sólo ha sido rechazada por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, sino que también contradice claramente la redacción y la naturaleza, tanto del Convenio de Aarhus, como del Acuerdo de Escazú, que destacan explícitamente la naturaleza no conflictiva de las conclusiones del comité.⁵² Las conclusiones del Comité de Cumplimiento deben considerarse recomendaciones o *soft law*, que hace públicos los casos y proporciona retroalimentación y orientación a los Estados Parte.

En abril de 2022, un año después de la entrada en vigor del Acuerdo de Escazú, sus Partes adoptaron las Reglas Relativas a la Estructura y Funciones del Comité de Apoyo a la Implementación y Cumplimiento.⁵³ El Comité de Cumplimiento es un órgano subsidiario de la Conferencia de las Partes y, según el artículo I.1 de su reglamento, sus funciones son “promover la aplicación del Convenio y ayudar a las Partes a este respecto”. Está compuesto por siete expertos independientes en el ámbito de la protección del medio ambiente que desempeñan sus funciones a título independiente y personal. Tiene carácter consultivo y transparente y no es contencioso, ni judicial ni punitivo.⁵⁴ Como era de esperar, el mecanismo de cumplimiento sigue las

⁵⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Primera Reunión de la Conferencia de las Partes del 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, Santiago de Chile, 20 al 22 de April 2022, Decisión I/3, Reglas de composición y funcionamiento del Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento, artículo III.4.

⁵¹ Fasoli y McGlone, *op. cit.*

⁵² *Idem.*

⁵³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *op. cit.*

⁵⁴ *Idem.*

normas y procedimientos del Convenio de Aarhus⁵⁵ y las propuestas presentadas por las ONG. Sin embargo, en algunas áreas también existen diferencias y detalles.

Una novedad del Acuerdo de Escazú es que las reuniones del comité se celebrarán, en principio, de forma virtual, lo que parece ser tanto una consecuencia de la pandemia como una declaración simbólica para la protección del clima. Sin embargo, esto también conlleva el riesgo de que el comité pierda su publicidad y transparencia como su arma más fuerte, en términos de eficacia, tanto con el público en general, como con las Partes del Acuerdo de Escazú. Las reuniones presenciales, de ser necesarias, tendrían lugar en la sede de la CEPAL, en Santiago de Chile.⁵⁶

Según el artículo IV.1, lit. a, el Comité “informará a la Conferencia de las Partes sobre sus actividades, incluidas sus observaciones en casos de incumplimiento”.⁵⁷ Una de las principales tareas del Comité de Cumplimiento es establecer un diálogo permanente con los Estados Parte. El Comité de Cumplimiento del Acuerdo de Escazú no tiene derecho a visitar los territorios de las Partes, sin su consentimiento expreso. No existe una disposición similar en el Convenio de Aarhus, lo que muestra una debilidad de la capacidad del Comité de Escazú para investigar violaciones de la Convención, o para entablar un diálogo con ONG o activistas medioambientales.

El artículo V.1 faculta a los Estados miembros a presentar una denuncia contra otro Estado Parte o con respecto a sus propias obligaciones, y al público en general, o a las ONG con respecto al incumplimiento de la Convención por parte de un Estado Parte. El Comité de Cumplimiento puede rechazar una denuncia si es anónima, o no está suficientemente fundamentada. La denuncia no debe estar pendiente, ni haber sido resuelta en otro procedimiento internacional vinculante, lo que constituye una cláusula de procedimiento estándar en la protección internacional de los derechos humanos.⁵⁸

⁵⁵ Harrington, Alexandra, *Implementing the Escazú Agreement: the Need for Rapid Definition of the Committee to Support Implementation and Compliance*, 2021, disponible en: <https://gnhre.org/2021/08/implementing-the-escazu-agreement-the-need-for-rapid-definition-of-the-committee-to-support-implementation-and-compliance/> (fecha de consulta: 31 de octubre de 2022).

⁵⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, artículo IV.1.

⁵⁸ *Ibidem*, artículo V.4 y 5.

El amplio alcance geográfico del mecanismo de cumplimiento del Convenio de Aarhus es notable: 35 Estados, aproximadamente dos tercios, han sido objeto de procedimientos ante el Comité de Cumplimiento, de los cuales 12 no son miembros de la Unión Europea, entre ellos Estados, como Albania, Armenia, Bielorrusia, Kazajstán o Turkmenistán. En cuanto al derecho sustantivo, las denuncias ante el Comité de Cumplimiento de Aarhus se refieren a las garantías de los tres pilares del Convenio de Aarhus, a saber, el acceso a la información, la participación en los procedimientos medioambientales y la protección jurídica, con un claro énfasis en el derecho a un recurso judicial en los procedimientos medioambientales.

Las posibles acciones derivadas del procedimiento de cumplimiento son casi idénticas en ambos tratados y pueden dividirse en las que puede emprender directamente el Comité de Cumplimiento y las que requieren una decisión de la Asamblea de Estados miembros. De acuerdo con el Acuerdo de Escazú, el Comité puede hacer propuestas, comentarios sobre casos, y formular recomendaciones para fortalecer leyes y prácticas, solicitar planes de acción e informes de progreso sobre la implementación de las recomendaciones, y brindar asesoría sobre la implementación del Acuerdo y recomendar medidas para proteger a los defensores de derechos humanos en materia ambiental.⁵⁹ Es responsabilidad de la Conferencia de las Partes proporcionar apoyo para el cumplimiento o suspender los derechos y privilegios de una Parte.

Aunque los procedimientos de cumplimiento del Acuerdo de Escazú son muy similares en estructura a los del Convenio de Aarhus, parece dudoso que puedan tener un impacto y un efecto similares. El Acuerdo de Escazú carece de liderazgo regional dentro de sus Partes, comparable al papel activo y de liderazgo desempeñado por la Unión Europea y sus Estados miembros dentro del Convenio de Aarhus hacia otros países europeos y vecinos con estructuras medioambientales y constitucionales menos fortalecidas.

Fueron las organizaciones no gubernamentales las principales impulsoras tanto del Convenio de Aarhus, como del Acuerdo de Escazú. Para las ONG, el Mecanismo de Cumplimiento es una oportunidad importante para dar a conocer casos, sensibilizar a la opinión pública sobre cuestiones medioambientales y, lo que es más importante, a través de un organismo internacional e imparcial, ejercer presión sobre el Estado y poner de relieve las violaciones

⁵⁹ *Ibidem*, artículo VIII.

de los tratados. Debe considerarse —como mínimo, dudoso— que el Comité de Cumplimiento del Acuerdo de Escazú pueda tener un impacto significativo, dado el clima de extrema violencia, la ausencia del Estado de derecho y la falta de un liderazgo regional claro entre las partes del tratado.

IV. Jurisprudencia doméstica

Además del trabajo de cooperación del Comité de Cumplimiento —que no es vinculante ni conflictivo— la cuestión de hasta qué punto, los acuerdos medioambientales regionales repercuten en el ordenamiento jurídico nacional, reviste igual importancia. Desde la década de 1970, el derecho ambiental ha sido una parte importante de los sistemas jurídicos de muchos países de todo el mundo y forma parte de los ordenamientos normativos de 155 países, de los cuales más de 100 tienen leyes ambientales en sus constituciones.⁶⁰

Los tratados internacionales, como el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú, no sólo son vinculantes entre Estados, sino también, pueden constituir derecho vinculante dentro de los ordenamientos jurídicos internos de sus partes contratantes, sobre la base de sus respectivas constituciones. El grado en que los acuerdos medioambientales regionales se incorporan a los ordenamientos jurídicos nacionales y a los procedimientos judiciales, depende de las respectivas legislaturas nacionales, de sus tribunales supremos y de la cultura jurídica establecida respecto a la relación entre el derecho nacional y el internacional. Los procedimientos administrativos y judiciales nacionales son contenciosos y conflictivos. Dado que el Acuerdo de Escazú entró en vigor en abril de 2021, los tribunales nacionales de los Estados parte, apenas están comenzando a desarrollar jurisprudencia nacional sobre su aplicación.

Por el otro lado, el Convenio de Aarhus, que entró en vigor en octubre de 2001 —20 años antes que el Acuerdo de Escazú— ya ha desarrollado una rica y detallada jurisprudencia establecida por los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hasta la fecha, los tribunales de los Estados parte, hicieron referencia a la Convención de Aarhus en 108 ocasiones, siendo el TJCE —cuya jurisdicción se extiende a 27 estados y más

⁶⁰ Boyd, David, “The Right to a Healthy and Sustainable Environment”, en Aguila, Yann y Viñuales, Jorge E. (comp.), *A Global Pact for the Environment-Legal Foundations*, Cambridge, C-EENRG, 2019, pp. 30-36.

de 500 millones de personas— el que más se refiere a la Convención con un total de 21 casos.⁶¹

En cuanto al derecho sustantivo, solamente alrededor del 20 % de los casos se refieren al derecho de acceso a la información o al derecho a participar en la toma de decisiones, mientras que la gran mayoría de los casos (85 %) hacen referencia al derecho de acceso a la justicia garantizado por el artículo 9o. del Convenio de Aarhus, lo que subraya el carácter controvertido y judicial de los procedimientos nacionales y la importancia del tercer pilar del Convenio de Aarhus, el acceso a la justicia.

Gran parte del Convenio de Aarhus se ha incorporado al ordenamiento jurídico de la UE y sus Estados miembros sin mayores problemas. Ya en 2001, la Unión Europea en cumplimiento del Convenio de Aarhus aplicó una directiva sobre evaluación ambiental estratégica,⁶² en 2003, el legislador europeo adoptó una resolución sobre la participación del público en los procedimientos ambientales de los Estados miembros de la UE,⁶³ y en 2006, aprobó un reglamento que vincula a la UE y a sus instituciones con el Convenio de Aarhus.⁶⁴ Con estas medidas, la UE ha aplicado plenamente los artículos 9o., párrs. 1 y 2, del Convenio de Aarhus, según los cuales las personas afectadas y las ONG reconocidas tienen derecho a participar y solicitar la revisión jurídica de todos los proyectos enumerados en el anexo I de la Convención.

⁶¹ United Nations Economic Commission for Europe, Compliance Committee (2022), disponible en: <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee>

⁶² Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, DOUE L 197, 21.7.2001, pp. 30-37.

⁶³ Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo; DOUE L 156, 25.6.2003, pp. 17-25.

⁶⁴ Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, Reglamento (CE) no 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, DOUE L 264, 25.9.2006, pp. 13-19.

Los principales problemas surgen en la aplicación del artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus relativo a la revisión judicial de los proyectos medioambientales no enumerados en el anexo I, y la mayoría de las quejas presentadas ante el Comité de Cumplimiento de Aarhus están relacionadas con esta disposición. Es importante recordar que es esta parte del Convenio de Aarhus, la que refleja la situación del Acuerdo de Escazú.

Una propuesta de la Comisión Europea para incorporar el artículo 9o., párr. 3 del Convenio de Aarhus a la legislación de la UE en 2003, fue bloqueada por los Estados miembros de la UE y posteriormente retirada.⁶⁵ Esto ha dado lugar a una discrepancia entre el Convenio de Aarhus y la Unión Europea en cuanto al alcance del artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus. En cuanto a la correcta aplicación, el Comité de Cumplimiento ha señalado que “si bien el artículo 9o., párr. 3, se refiere a “los criterios que, en su caso, establezca la legislación nacional”, el Convenio no especifica estos criterios, ni tampoco los que deban evitarse. Más bien, el Convenio permite una gran flexibilidad a la hora de determinar qué miembros del público tienen acceso a la justicia”.⁶⁶ En consecuencia, el artículo 9o., párr. 3, de la Convención exige a las Partes que garanticen que los miembros del público tengan acceso a procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones y omisiones de particulares y autoridades públicas que contravengan las disposiciones de su legislación nacional en materia de medio ambiente.

Según el Comité de Cumplimiento y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, los actos que pueden impugnarse en virtud del artículo 9o., párr. 3 del Convenio de Aarhus, no se limitan a los actos que afectan directamente a los particulares.⁶⁷ El objetivo de las disposiciones es reforzar la aplicación de las medidas nacionales relativas al medio ambiente, lo que puede lograrse suficientemente mediante un sistema en el que las ONG medioam-

⁶⁵ Sharpston, E., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Lesoochránárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky (Oso pardo eslovaco)*, Opinión de la Abogada General, sentencia del 15 de julio de 2010, C-240/09, párr. 76; Schwerdtfeger, Angela, *Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention: zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, 2010.

⁶⁶ Aarhus Convention Compliance Committee, *Søren Wium-Andersen vs. Denmark*, 2 de abril de 2006, ACCC/C/2006/18, párrs. 29-31.

⁶⁷ Aarhus Convention Compliance Committee, *Ms. Anaïs Berthier ClientEarth vs. Belgium*, 15 de marzo de 2011, ACCC/C/2008/32 (parte 1), párr 5.

bientales tengan derecho a solicitar una revisión administrativa efectiva.⁶⁸ En otras palabras, el artículo 9o., párr. 3, pretende proteger los procedimientos nacionales en materia de medio ambiente a través del derecho humano a una tutela judicial efectiva.

En el asunto “Oso pardo eslovaco”, el TJUE estableció importantes límites al artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus al aclarar que esta disposición no tiene efecto directo en el Derecho de la Unión Europea porque —en opinión del Tribunal— carece de la claridad y precisión necesarias.⁶⁹ Esto significa que, los ciudadanos no pueden invocar directamente la disposición ante un tribunal de la UE o un tribunal nacional de un Estado miembro de la UE. Sin embargo, el TJUE también ha dejado claro que los Estados miembros de la UE tienen la obligación de proporcionar una protección jurídica efectiva en materia de medio ambiente, pero les deja un cierto grado de flexibilidad en cuanto a las circunstancias específicas en las que desean conceder la vía judicial contra los proyectos ambientales.⁷⁰ El artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus no obliga a las partes a conceder acceso incondicional, a todos los miembros del público, y a todos los procedimientos judiciales.

En su sentencia *Protect*, el TJCE precisó que los criterios jurídicos nacionales no deben ser tan estrictos, que hagan prácticamente imposible que las organizaciones ecologistas impugnen proyectos medioambientales en el sentido del artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus.⁷¹ En opinión del Comité de Cumplimiento, el acceso a la justicia para los proyectos no incluidos en el anexo I debe ser la norma, no la excepción.⁷²

Los requisitos de participación pública del Convenio de Aarhus formaron parte de una reciente decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en un caso remitido por un tribunal neerlandés relativo a la apro-

⁶⁸ Comisión Europea, Commission Staff Working Document. Report on European Union Implementation of the Aarhus Convention in the Area of Access to Justice in Environmental Matters, 2019, disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2022).

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Lesoochranárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky (Oso pardo eslovaco)*, sentencia del 8 de marzo de 2011. C-240/09, párr. 45.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 48.

⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (segunda sala), *Protect Natur, Arten und Landschaftsschutz Umweltorganisation vs. Bezirkshauptmannschaft Gmünd (Protect)*, sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-664/15, párr. 48.

⁷² Aarhus Convention Compliance Committee, *op. cit.*, párrs. 77, 78 y 98.

bación de una pocilga para 855 animales.⁷³ Según la legislación neerlandesa, los actos sólo pueden ser impugnados por “partes”, es decir, personas cuyo “interés se vea directamente afectado por una decisión”.⁷⁴ Esta interpretación ha sido confirmada por el TJCE en el contexto del anexo I y del artículo 9o., párr. 2 del Convenio de Aarhus, que no dejan margen de discrecionalidad a los Estados contratantes.⁷⁵

Por otra parte, el artículo 9o., párr. 3 del Convenio de Aarhus no exige que los demandantes se vean directamente afectados, sino que deja cierta flexibilidad a los Estados, en cuanto a la forma exacta en que puede presentarse una demanda con arreglo a la legislación nacional. Según el TJUE, “el acceso a la justicia con el fin de ejercer derechos de participación en el proceso de toma de decisiones son más amplios que los que pueda conferirles únicamente el derecho medioambiental nacional de un Estado miembro”.⁷⁶

Estamos plenamente convencidos que el impacto de estas interpretaciones sobre el Acuerdo de Escazú será determinado por los tribunales nacionales de sus 15 partes contratantes. Ahora bien, podríamos formularnos la siguiente interrogante: ¿qué significa la jurisprudencia europea para la aplicación legal en América Latina y el Caribe? El Convenio de Escazú —aunque de mayor alcance en cuanto a sus objetivos— con respecto al Convenio de Aarhus— queda corto en claridad y precisión, en lo referente a sus derechos procesales, dado que también carece de definiciones específicas comparables al anexo I del Convenio de Aarhus.

En sus Estados contratantes —incluso antes de su celebración— los elementos del Convenio de Escazú ya se han incorporado en gran medida a la legislación nacional. De los Estados Parte del Acuerdo de Escazú, todos cuentan con procedimientos de evaluación ambiental, incluyendo diagnóstico ambiental, evaluación ambiental inicial y estratégica, evaluación de impacto ambiental acumulativo, evaluación de impacto social y evaluación de riesgo

⁷³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (primera sala), *LB and Others vs. College van burge-meester en wethouders van de gemeente Echt-Susteren*, sentencia del 14 de enero de 2021, C-826/18.

⁷⁴ *Algemene wet bestuursrecht* (derecho administrativo general neerlandés), disponible en: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2023-01-01> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2023), artículo I:2.

⁷⁵ Tribunal de Justicia, *op. cit.*, nota 67, párrs. 36-39.

⁷⁶ *Ibidem*, párr 51; Oekobuero, EuGH fällt Urteil zu Rechtsschutz aufgrund der Aarhus Konvention, disponible en: <https://www.oekobuero.at/de/news/2021/05/eugh-faellt-urteil-zu-rechtsschutz-aufgrund-der-aarhus-konvention/> (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2022).

ambiental,⁷⁷ ocho de los Estados parte reconocen el derecho a un medio ambiente sano a nivel constitucional, y todos reconocen el derecho general a la información y a la información pública, y las constituciones consagran un derecho explícito a la tutela judicial, aunque no necesariamente en relación con asuntos ambientales.⁷⁸ Por lo tanto, no cabe duda que el Convenio de Escazú y las interpretaciones de su comité de cumplimiento influirán decisivamente y ayudarán a definir el avance del derecho medioambiental nacional.⁷⁹ Además, cada vez es mayor la influencia del derecho a la participación pública en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.⁸⁰

Sin embargo, debido a la falta de claridad y precisión en las definiciones del texto del Convenio de Escazú, no está claro dónde se encuentran los límites exactos con respecto al derecho a la participación del público. Las discrepancias entre el comité de cumplimiento de la Convención de Aarhus, el legislador y el tribunal de la Unión Europea muestran el potencial conflictivo de esta cuestión. Es de esperarse que los altos tribunales latinoamericanos interpreten la aplicación de la participación pública y la consiguiente tutela judicial de forma amplia en términos de espíritu y ambición, y sobre esta base, desarrollen una línea común hacia un derecho ambiental eficaz en América Latina.

V. Conclusión

El Acuerdo de Escazú es sin duda alguna, un notable paso adelante en la protección regional del medio ambiente en América Latina y el Caribe. Este tra-

⁷⁷ Acerbi, M. *et al.*, “Environmental Impact Assessment Systems in Latin America and the Caribbean”, *34th Annual Conference of the International Association for Impact Assessment*, 2014, pp. 3-8.

⁷⁸ Para la práctica del comité de cumplimiento véase: United Nations Economic Commission for Europe, Compliance Committee, disponible en: <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

⁷⁹ Véase, por ejemplo: Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 538/2022, 3.2.2023; Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 1013/2019, 6.5.2020.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Taskin and Others vs. Turkey*, Application No. 46117/99, sentencia del 10 de noviembre de 2004.

tado internacional vinculante es el segundo acuerdo, después del Convenio de Aarhus, que se basa en el Principio 10 de la Declaración de Río y que contiene declaraciones programáticas muy firmes sobre los derechos humanos de acceso a la información, participación en los procesos medioambientales y derecho a la revisión judicial.

Dicho instrumento establece obligaciones no sólo entre Estados, sino también hacia los particulares y, al igual que el Convenio de Aarhus, contiene su propio mecanismo de cumplimiento como puede encontrarse, tanto en los tratados internacionales de medio ambiente, como en los de derechos humanos. Sin embargo, el cumplimiento y los mecanismos del Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú difieren de otros acuerdos medioambientales en que las reclamaciones no sólo pueden presentarlas los Estados, sino que también establecen el derecho activo de los particulares y las ONG, a presentar reclamaciones contra sus Estados.

Los tratados de Aarhus y Escazú tienen los mismos orígenes y a primera vista, parecen casi idénticos. Sin embargo, un análisis más detallado de los dos textos revela diferencias sustanciales y fundamentales. Probablemente la diferencia más importante sea la falta de definiciones precisas, especialmente en el anexo I del Convenio de Aarhus, sobre qué proyectos potencialmente perjudiciales para el medio ambiente, permiten la aplicación del Convenio de Aarhus. En general, el Acuerdo de Escazú parece más moderno en sus ambiciones, pero en términos de detalle y precisión, se queda corto con respecto a su homólogo europeo, de 20 años de antigüedad.

Esto también se aplica al Comité de Cumplimiento que, según el Acuerdo de Escazú, sólo puede reunirse virtualmente y únicamente puede operar en el territorio de una Parte con permiso expreso. Aunque no hay experiencia con las normas del Comité de Cumplimiento del Escazú —que se adoptaron en abril de 2022— es dudoso que puedan acercarse así, al carácter estricto del Convenio de Aarhus. En general, el Acuerdo de Escazú puede describirse como un “Aarhus look-alike” en el que las Partes no han querido introducir un control excesivo, ni demasiado concreto.

¿Pero, eso hace que el Acuerdo de Escazú carezca de valor? En absoluto. Aunque se espera que el mecanismo de cumplimiento sea más débil que en el Convenio de Aarhus, seguirá teniendo cierto impacto en la aplicación y las políticas medioambientales de las Partes. Sin embargo, supone mayor trascendencia saber hasta qué punto el Acuerdo de Escazú puede influir en el sistema jurídico nacional. Los elementos están ahí. Casi todas las partes del

acuerdo garantizan el derecho a la protección del medio ambiente, la libertad de información, la participación en procedimientos públicos y el derecho a la tutela judicial, ya sea en sus constituciones o al menos como derecho común. Lo que falta es la combinación de estos derechos y su aplicación coherente en el contexto de los procedimientos legales medioambientales.

A este respecto, corresponde a los tribunales nacionales interpretar la clara redacción del artículo 4o., párr. 1, del Acuerdo de Escazú para “garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano”. Será crucial que los tribunales nacionales de las 13 Partes interpreten ampliamente la aplicación del Acuerdo de Escazú dentro de sus ordenamientos jurídicos nacionales. La práctica actual de los tribunales nacionales de las Partes en el Convenio de Aarhus —que en su aplicación, no sólo se limita a los proyectos mencionados del anexo I— sino que también, y de conformidad con el apartado 3 del artículo 9, prevé la aplicación del Convenio a los proyectos mencionados del anexo I, podría aportar importantes contribuciones a esta cuestión. Así prevé la aplicación del Convenio “si cumplen los criterios, en su caso, establecidos en su legislación nacional”. Ésta es la disposición del Convenio de Aarhus que mejor se corresponde con el modelo establecido por el Acuerdo de Escazú.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la aplicación del artículo 9o., párr. 3, del Convenio de Aarhus no debe ser prácticamente imposible, debe estar abierta tanto a los particulares como a las ONG, y debe ser la regla general, no la excepción, sobre la base de las disposiciones nacionales. Por último, aún y con las imprecisiones que supone el Convenio de Aarhus, hacemos votos para que los tribunales latinoamericanos sigan esta jurisprudencia, y así brindar la protección jurídica efectiva a las altas ambiciones del Acuerdo de Escazú, garantizando el derecho humano a un medio ambiente sano para todos.

VI. Bibliografía

- Aarhus Convention Compliance Committee, *Ms. Anais Berthier ClientEarth vs. Belgium*, 15 de marzo de 2011, ACCC/C/2008/32 (part 1), párr 5.
- Aarhus Convention Compliance Committee, *Søren Wium-Andersen vs. Denmark*, 2 de abril de 2006, ACCC/C/2006/18, párrs. 29-31).

- ACERBI, M. *et al.*, “Environmental Impact Assessment Systems in Latin America and the Caribbean”, *34th Annual Conference of the International Association for Impact Assessment*, 2014, pp. 3-8.
- 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 (Acuerdo de Escazú), *Escazú*, 4.3.2018, 3397 U.N.T.S. 1.
- ALGE, Thomas y SCHAMSCHULA, Gerhard, “Meilensteine der Aarhus-Umsetzung”, en Hochreiter, Werner, *Informationen zur Umweltpolitik, Band 192: 15 Jahre Aarhus-Konvention. Tagungsband*, Viena, 2017.
- Algemene wet bestuursrecht (derecho administrativo general neerlandés), disponible en: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2023-01-01> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2023), artículo 1:2.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 19 de julio de 2018, A/73/188.
- BARRITT, Emily, “Global values, transnational expression: from Aarhus to Escazú”, en Heyvaert, Veerle y Duvic-Paoli, Leslie-Anne (comp.), *Research Handbook on Transnational Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 198-215.
- BÁRCENA, Alicia, *The Escazú Agreement: An Environmental Milestone for Latin America and the Caribbean*, CEPAL, 26 de septiembre de 2018, disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/article/files/op-ed_escazu_final_english_final.pdf (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).
- BOYD, David, “The Right to a Healthy and Sustainable Environment”, en AGUILA, Yann y VIÑUALES, Jorge E. (comp.), *A Global Pact for the Environment-Legal Foundations*, Cambridge, C-EENRG, 2019, pp. 30-36.
- CASTILLA, Karlos, “El principio pro-persona en la administración de justicia”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 20, 2009, pp. 65-83.
- CEPAL, Fourteen Countries Sign New Generation Agreement at UN Headquarters on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters, disponible en: <https://www.cepal.org/en/press-releases/fourteen-countries-sign-new-generation-agreement-un-headquarters-access-information> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Primera Reunión de la Conferencia de las Partes del 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, Santiago de Chile, 20 al 22 de abril de 2022, Decisión I/3, Reglas de composición y funcionamiento del Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento.
- Comisión Europea, Commission Staff Working Document. Report on European Union Implementation of the Aarhus Convention in the Area of Access to Justice in Environmental Matters, 2019, disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2022).
- Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento del Acuerdo de Escazú, disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu/comite-apoyo-la-aplicacion-cumplimiento-acuerdo-escazu> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992) Río de Janeiro, Brasil, 3 a 14 de junio de 1992. Textualmente el Principio 10 dice: “Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio+20, *Report of the United Nations Conference on Sustainable Development*, A/CONF.16/16, 27.7.2012.
- Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus), Aarhus, 25 de junio de 1998, 2161 U.N.T.S. 447.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Taskin and Others vs. Turkey*, Application No. 46117/99, sentencia del 10 de noviembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- CRAMER, Benjamin W., “The human right to information, the environment and information about the environment: from the universal declaration to the Aarhus convention”, *Communication Law and Policy*, año 14, núm. 1, 2009, pp. 73-103.
- Cuarta reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del principio 10 de

- la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, (Decisión de Santiago), Santiago de Chile, 6 de noviembre 2014, disponible en: <https://hdl.handle.net/11362/37214>
- El País*, Los países de América Latina discuten el Acuerdo de Escazú y la protección de líderes ambientales, disponible en: <https://elpais.com/america-futura/2023-04-20/los-paises-de-america-latina-discuten-el-acuerdo-de-escazu-y-la-proteccion-de-lideres-ambientales.html> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).
- ETEMIRE, Uzuazo, “Public Voices and Environmental Decisions: The Escazú Agreement in Comparative Perspective”, *Transnational Environmental Law*, año 12, núm. 1, 2023, pp. 175-199, disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2047102522000449>
- FASOLI, Elena y MCGLONE, Alistair, “The Non-Compliance Mechanism Under the Aarhus Convention as ‘Soft’ Enforcement of International Environmental Law: Not So Soft After All!”, *Netherlands International Law Review*, año 65, núm. 1, 2018, pp. 27-53, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0102-0>
- Global Witness, *Last line of defence. The industries causing the climate crisis and attacks against land and environmental defenders, 2021*, disponible en: https://www.globalwitness.org/documents/20191/Last_line_of_defence_-_high_res_-_September_2021.pdf (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023).
- HARRINGTON, Alexandra, *Implementing the Escazú Agreement: The Need for Rapid Definition of the Committee to Support Implementation and Compliance*, 2021, disponible en: <https://gnhre.org/2021/08/implementing-the-escazu-agreement-the-need-for-rapid-definition-of-the-committee-to-support-implementation-and-compliance/> (fecha de consulta: 31 de octubre de 2022).
- NALEGACH, Constance y ASTROZA, Paulina, “La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú”, *Documentos de trabajo (Fundación Carolina)*, Segunda época, núm. 40, 2020, pp. 1 y 9.
- NOLTE, Detlef, “From the summits to the plains: The crisis of Latin American Regionalism”, *Latin American Policy*, año 12, núm. 1, 2021, pp. 181-192, disponible en: <https://doi.org/10.1111/lamp.12215>
- NOLTE, Detlef y WEIFFEN, Brigitte (ed.), *Regionalism under stress: Europe and Latin America in comparative perspective*, Routledge, 2020.
- Oekobuero, EuGH fällt Urteil zu Rechtsschutz aufgrund der Aarhus Konvention, disponible en: <https://www.oekobuero.at/de/news/2021/05/>

[ugh-fallt-urteil-zu-rechtsschutz-aufgrund-der-aarhus-konvention/](#) (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2022).

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre el Funcionamiento del Mecanismo*, Ciudad de México, 2019, disponible en: https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/190725-Diagnostico-Mecanismo-FINAL.pdf (fecha de consulta: 30 de agosto de 2022).

Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, DOUE L 197, 21.7.2001, pp. 30-37.

Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo; DOUE L 156, 25.6.2003, pp. 17-25.

Parlamento de la Unión Europea y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (CE) No. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, DOUE L 264, 25.9.2006, pp. 13-19.

RODRÍGUEZ V., Luis Felipe, *Escazú sin Costa Rica*. Agenda Estado de Derecho, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/escazu-sin-costa-rica/> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2023).

SANDS, Philippe, *Greening international law*, Routledge, Milton Park, 2014.

SCHWERDTFEGGER, Angela, *Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention: zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, 2010.

SEIFERT, Ulrich, "Fortschritte beim Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten nach artículo 9o., párr. 3, Aarhus-Konvention? Jüngste Lösungsansätze von EuGH und BVerwG", *ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, año 19, núm. 1, 2016, pp. 49-84.

- SHARPSTON, E., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Lesoochránárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (Oso pardo eslovaco), Opinión de la Abogada General, 15 de julio de 2010, C-240/09., párr. 76.
- TANAKA, Yoshifumi, “Compliance Procedures: Multilateral Environmental Agreements (MEAs)”, en RUIZ FABRI, Hélène (comp.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* Oxford; New York, Oxford University Press, 2021, disponible en: <https://opil.ouplaw.com/page/803> (fecha de consulta: 22 de septiembre de 2022).
- The Access Initiative, *Proposals to ensure Implementation of the Escazu Agreement*, disponible en: <https://accessinitiative.org/get-involved/campaigns/proposals-ensure-implementation-escazu-agreement> (fecha de consulta: 25 de junio de 2022).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *LB and Others vs. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Echt-Susteren*, sentencia 14 de enero de 2021, C-826/18.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *Lesoochránárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (Oso pardo eslovaco), Sentencia del 8 de marzo de 2011. C-240/09, párr. 45.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Segunda Sala), *Protect Natur — Arten— und Landschaftsschutz Umweltorganisation vs. Bezirkshauptmannschaft Gmünd (Protect)*, sentencia del 20 de diciembre de 2017, C-664/15, párr. 48.
- Unión Europea, *La Unión Europea. Qué es y qué hace*, disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/com/eu-what-it-is/en/> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023).
- United Nations Economic Commission for Europe, *Compliance Committee*, disponible en: <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).
- United Nations Economic Commission for Europe, *Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters*, Report of the first Meeting of the Parties, 2 de abril de 2004, Addendum Decision I/7, Review of Compliance, ECE/MP.PP/2/Add.8.
- United Nations Environmental Programme, *Guidelines on Compliance With and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*, 2021, disponible en:

<https://wedocs.unep.org/20.500.11822/31773> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023), párr. 38.

World Justice Project, *WJP Rule of Law Index*, 2022, disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/> (fecha de consulta: 1 de mayo de 2023).

Errores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en derecho de los tratados

Errors of the Supreme Court of Justice of the Nation in Law of Treaties

Erreurs de la Cour Suprême de Justice de la Nation en Droit des Traités

Víctor Manuel Rojas Amandi

 <https://orcid.org/0000-0003-0130-704X>

Universidad Autónoma de Tlaxcala. Tlaxcala, México
Correo electrónico: rojasamandi@gmail.com

Recibido: 24 de abril de 2023

Aprobado: 19 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18087>

Resumen: El análisis de la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTOI) por la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante el presente siglo, nos muestra que el máximo Tribunal del país ha incurrido en varios errores que van desde la confusión de la denominación de tales convenciones, pasando por las inexactas interpretaciones de sus disposiciones por cuanto hace a las definiciones de sus ámbitos materiales y espaciales de validez y terminando en una desorientada definición del sentido del artículo 46 de la CVDT.

Palabras clave: Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract: The analysis of the application of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations by the Supreme Court of Justice of the Nation during the present Century, shows us that the highest Court of the country has incurred in several errors that go from the confusion of the denomination of such conventions, passing through the inaccurate interpretations of their provisions as regards the definitions of their material and spatial scope of validity and ending in a disoriented definition of the meaning of Art. 46 of the former.

Keywords: Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Supreme Court of Justice of the Nation.

Résumé: L'analyse de l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales par la Cour suprême de justice de la nation au cours de ce siècle nous montre que la plus haute juridiction du pays a commis plusieurs erreurs, allant de la confusion de la dénomination de ces conventions, en passant par les interprétations inexactes de leurs dispositions en ce qui concerne les définitions de leur champ de validité matériel et spatial, pour aboutir à une définition désorientée de la signification de l'art. 46 de la première.

Mots-clés: Convention de Vienne sur le droit des traités, Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, Cour Suprême de Justice de la Nation.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Confusión en la identificación de las convenciones sobre derecho de los tratados.* III. *Aplicación de la CVDTOI de acuerdo con su ámbito material de validez.* IV. *Aplicación de la CVDT.* V. *Aplicación de la CVDTOI de acuerdo con su ámbito espacial de validez.* VI. *La incorrecta interpretación del Art. 46 de la CVDT.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

Desde el 11 de mayo de 1999, fecha en la que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la controversia planteada por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo en el juicio de amparo en revisión 1475/98,¹ se establecieron las cuatro normas básicas que rigen la aplicación de los tratados en el ámbito interno del sistema jurídico mexicano: a) los tratados aplican de manera preferente a las leyes generales, federales y locales;² b) sólo las normas constitucionales aplican de manera preferente a las disposiciones convencionales; c) las normas de los tratados deben ser aplicadas por todas las autoridades del país; d) los tratados aplican en todas las materias, sin importar los límites competenciales que para la legislación establece el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

¹ Amparo en Revisión 1475/98, Registro Núm. 6353, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XI, marzo de 2000, p. 442.

² Amparo en Revisión 120/2002, Registro Núm. 21402, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXIX, febrero de 2009, p. 477.

canos (CPEUM). De igual forma, la Segunda Sala determinó que cuando se apliquen disposiciones convencionales en el ámbito interno éstas se deberán interpretar conforme lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³ (CVDT).⁴ Además, las reformas al artículo 1o. constitucional, que se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, del 20 de junio de 2011 precisaron que las disposiciones convencionales de los tratados de los que el Estado mexicano sea parte que regulan derechos humanos aplican en las mismas condiciones que las constitucionales de la materia, misma que fue limitada de efectos por la Contradicción 293/2011, al establecer que “[...]cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional[...]”.⁵

Por lo anterior, durante el presente siglo, la aplicación de las disposiciones convencionales por los jueces mexicanos se hizo, cada vez, más habitual. Esto le planteó nuevos retos a los operadores jurídicos, los que ahora se veían en la necesidad de trabajar con un tipo de fuente que tenía una doble validez jurídica, por una parte, en el derecho internacional público y, por la otra, en el sistema jurídico nacional y la que, además, cuenta con sus propias reglas de interpretación y de aplicación.

Existe la percepción que las diferentes jurisdicciones nacionales no necesariamente han sido exitosas en la ejecución de las normas internacionales en su trabajo diario. El acceso a las fuentes convencionales, el desconocimiento de las reglas de aplicación de las mismas, o la dispersión normativa en normas universales y regionales, además del manejo de las normas de *soft law*, entre otros problemas, han sido señalados como la causa de tal déficit. Por lo mismo, resulta oportuno reflexionar sobre la forma en que se está llevando a

³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980. Firma de México: 23 de mayo de 1969; aprobación del Senado: 29 de diciembre de 1972; publicación en el *DOF* de su aprobación: 28 de marzo de 1973; ratificación 25 de septiembre de 1974; entrada en vigor para México: 27 de enero de 1980; publicación en el *DOF* de la promulgación: 14 de febrero de 1975.

⁴ Amparo en revisión 402/2001, Registro digital: 185294, Segunda Sala, Novena Época, Materias(s): Constitucional, Común, Tesis: 2a. CLXXI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, diciembre de 2002, p. 292.

⁵ Ejecutoria disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>. Ver p. 37.

cabo la aplicación de los tratados de los que es parte el Estado mexicano por los jueces nacionales y, en particular, la SCJN.

En el presente artículo se analizarán cinco errores de aplicación de las convenciones sobre el derecho de los tratados en que ha incurrido la SCJN durante el presente siglo, actuando en Pleno o en salas. En primer lugar, nos referiremos a la confusión sobre la identificación entre dos convenciones en materia de tratados: la CVDT y la Convención de Viena y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTOI);⁶ en segundo término, abordaremos el caso de la aplicación de esta última Convención respecto a su ámbito material de validez; la aplicación de la CVDT será el tercer problema a considerar; un problema adicional lo será la aplicación de la CVDTOI de acuerdo a su ámbito espacial de aplicación; finalmente, se estudiará la interpretación del artículo 46 de la CVDT por el máximo tribunal, actuando en Pleno o en salas.

II. Confusión en la identificación de las convenciones sobre derecho de los tratados

Respecto a la confusión que existe para la SCJN en la identificación de la CVDT y de la CVDTOI, se puede mencionar, en particular, la ejecutoria A. R. 379/2010 (CONSIDERANDO SEXTO, Numeral 10),⁷ en la que se hace alusión a la CVDT y se refiere como fecha de publicación en el *DOF* el 14 de febrero de 1975, fecha ésta en la que efectivamente se publicó la misma. Sin embargo, en el CONSIDERANDO QUINTO, inciso m)⁸ de dicha ejecutoria se menciona a la CVDT, pero se refiere a la fecha de publicación en el *DOF* de la CVDTOI, esto es, al 28 de abril de 1988. Incluso, en el mismo CONSI-

⁶ Firma de México: 21 de marzo de 1986; aprobación del Senado: 11 de diciembre de 1987; publicación en el *DOF* de su aprobación: 11 de enero de 1988; ratificación 14 de enero de 1988; depósito ante la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas: 10 de marzo de 1988; publicación en el *DOF*: 28 de abril de 1988.

⁷ Amparo en Revisión 379/2010, Segunda Sala. Integración Mundial de Comercio, S.A. de C.V., de 26 de mayo de 2010. Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas, p. 68; disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginapub/detallepub.aspx?asuntoid=117201>

⁸ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

DERANDO QUINTO, inciso m),⁹ se emplea una incorrecta denominación de la CVDT refiriéndose a la misma como la “*Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados*”.

III. Aplicación de la CVDTOI de acuerdo con su ámbito material de validez

Por cuanto hace a la aplicación de las CVDTOI conforme a su ámbito material de validez, se puede mencionar la ejecutoria en el Amparo en Revisión 120/2002 del Pleno de la SCJN, en el caso “*Mc Cain México, S.A. de C.V.*” del 13 de febrero de 2007,¹⁰ en la que a fojas 214 se puede apreciar que se aplica la “*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*” para, con base en el principio *pacta sunt servanda*, fundamentar la jerarquía de los tratados frente a las leyes. No obstante, procedía aplicar la CVDT, en términos de lo previsto en su artículo 1o.,¹¹ toda vez que el caso en estudio tenía como materia las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,¹² esto es, un tratado celebrado exclusivamente entre Estados — México, Estados Unidos y Canadá— y no la CVDTOI, la que en su artículo 1o. descarta expresamente la posibilidad de tal aplicación, al precisar que solo regula los tratados en que sea parte una organización internacional. Sin embargo, en otros pasajes de sus considerandos, sus argumentos sí se fundamentaron en la “*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”.¹³

La tesis aislada del Pleno IX/2007, en la que se estableció el criterio relevante contenido en la ejecutoria mencionada en el párrafo anterior, la que

⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91352>, p. 214.

¹¹ “*1. Alcance de la presente Convención. La presente convención se aplica a tratados celebrados entre Estados*”.

¹² El 17 de diciembre de 1992 los Gobiernos de México, Canadá y los Estados Unidos de América suscribieron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 22 de noviembre de 1993, el decreto de promulgación fue publicado en el DOF el 20 de diciembre de ese mismo año, habiendo entrado en vigor el 1 de enero de 1994.

¹³ Pp. 169, 171, 199, 210, 227, 230.

lleva por rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”,¹⁴ incurre en el mismo error, pues fundamenta el criterio que incorpora la misma en la CVDTOI; sin embargo, toda vez que en la ejecutoria de la que se deriva la referida tesis se decide sobre una controversia en la que se aplican e interpretan disposiciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se debió aplicar la CVDT por ser este el tratado que rige los acuerdos internacionales celebrados entre Estados.

De igual forma, en la ejecutoria en el Amparo Directo 30/2012,¹⁵ la Segunda Sala del máximo tribunal fundamentó la supremacía constitucional, además de lo previsto en el artículo 133 constitucional, en el artículo 46 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintiocho de abril de mil novecientos noventa y ocho”. Ejecutoria en la que se analizó si “las garantías de igualdad, seguridad jurídica, audiencia y trabajo que consagran los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte” y, especialmente, las previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevalecía sobre lo dispuesto en el artículo 123, fracción XIII, del apartado B, de la CPEUM. En consecuencia, se puede concluir que la CVDTOI no resultaba materialmente aplicable, puesto que, tal y como lo establece su artículo 1o., la misma aplica a los tratados en que es parte una organización internacional, lo que no es el caso de los tratados en los que se regulan tales derechos humanos. Esto sin considerar que la fecha de la publicación de la CVDTOI que se menciona en la ejecutoria es incorrecta, puesto que la misma se publicó en el *DOF* del 28 de abril de 1988. Este mismo error se reproduce en la contradicción de tesis 105/2021 en la que se toma como fundamento lo resuelto en la ejecutoria en el Amparo Directo 30/2012.¹⁶

En la Tesis: 2a. LXXV/2012, que lleva por rubro: “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE

¹⁴ Registro digital: 172650, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

¹⁵ Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139289>. Véase pp. 17, 32 y 33.

¹⁶ Disponible en: <https://bj.scjn.gob.mx/busqueda?q=Viena&page=2>

PRINCIPIO”,¹⁷ en la que se estableció el criterio definido en la ejecutoria en el Amparo Directo 30/2012, se replicó el mismo error al referirse al artículo 46 de la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales”.

IV. Aplicación de la CVDT

Un error de aplicación de la CVDT¹⁸ lo encontramos en la Tesis de jurisprudencia 99/2003, aprobada por la Segunda Sala de la SCJN, en sesión privada del 31 de octubre de 2003, misma que lleva por rubro: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LA COMUNICACIÓN EDUCATIVA. PARA DEFINIR EL CONCEPTO IMPUESTOS PARA EFECTOS DE LA EXENCIÓN QUE LE CONCEDE EL GOBIERNO MEXICANO, POR VIRTUD DEL ACUERDO INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y DICHO INSTITUTO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE MAYO DE 1982, DEBE ATENDERSE A LO QUE AL EFECTO DISPONE EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.¹⁹ En ésta, para determinar el alcance del concepto de impuesto previsto en el artículo 2o., apartado 4, inciso a), del “Acuerdo entre Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa (ILCE) relativo a la Sede del Instituto y a las Misiones Permanentes que se acrediten ante dicho Instituto”, suscrito en la Ciudad de México el 10 de julio de 1981, aplicó las reglas contenidas en el artículo “[...]31, apartado 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[...]”. Esto resulta incorrecto en razón que la CVDT, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1o., se aplica, solamente, a tratados celebrados entre Estados. Como se advierte, en el caso en estudio se trata de un tratado celebrado entre un Estado y una organización internacional.²⁰

¹⁷ Registro digital: 2002065, Tesis: 2a. LXXV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10ª Época, Libro XIII, octubre de 2012, t. 3, p. 2038.

¹⁸ Sobre el estatus de la CVDT, véase: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en

¹⁹ Registro digital: 182823, Tesis: 2a./J. 99/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 149.

²⁰ En el comentario al artículo 1 del proyecto de artículos sobre Derecho de los Tratados preparado por la Comisión de Derecho Internacional se establece que: “El artículo 1 es resultante y consecuencia lógica de la decisión adoptada por la Comisión en su 14º período de sesiones,

El mismo error que el referido en el párrafo anterior, se encuentra asimismo en la Tesis de jurisprudencia 100/2003, aprobada por la Segunda Sala de la SCJN el 31 de octubre de 2003 y en la tesis aislada 2a. XXXVIII/2003. En efecto, en la tesis de jurisprudencial que lleva por rubro: “INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LA COMUNICACIÓN EDUCATIVA. PARA DEFINIR EL TÉRMINO “DERECHOS” A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 2o., APARTADO 4, INCISO A), DEL ACUERDO CELEBRADO ENTRE DICHO ORGANISMO INTERNACIONAL Y EL GOBIERNO MEXICANO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE MAYO DE 1982, DEBE ATENDERSE A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES”,²¹ así como en la tesis aislada: “INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LA COMUNICACIÓN EDUCATIVA. LAS CUOTAS OBRERO PATRONALES QUEDAN COMPRENDIDAS DENTRO DEL TÉRMINO “DERECHOS” A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 2, APARTADO 4, INCISO A), DEL ACUERDO CELEBRADO ENTRE AQUÉL Y EL GOBIERNO MEXICANO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE MAYO DE 1982, POR LO QUE DICHO ORGANISMO DEBE CUBRIRLAS”,²² la Segunda Sala también aplicó: “el artículo 31, apartado 4, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” para definir el concepto de “derecho” previsto en la disposición mencionada del mismo “Acuerdo entre Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa (ILCE) relativo a la Sede del Instituto y a las Misiones Permanentes que se acrediten ante dicho Instituto”. Por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior, la aplicación de la CVDT en este caso es errónea.

Por tratarse de dos convenciones sobre derecho de los tratados diferentes, la anterior confusión se debería evitar por tres razones. En primer lugar,

de no incluir disposiciones especiales sobre los tratados de las organizaciones internacionales y de limitar el proyecto de artículos a los tratados celebrados entre Estados. Los tratados concertados por organizaciones internacionales tienen muchas características especiales, y la Comisión consideró que si intentara incluir en los presentes artículos disposiciones satisfactorias sobre esos tratados complicaría y retrasaría excesivamente su preparación”. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 206. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v2.pdf

²¹ Registro digital: 182822, Instancia: Segunda Sala, Novena Época, Materias(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 100/2003, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. t. XVIII, Noviembre de 2003, p. 151.

²² Registro digital: 184478, Tesis: 2a. XXXVIII/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 211.

debido a que la CVDT se encuentra en vigor internacional, en términos de lo previsto en su artículo 84, numeral 1, a partir del 27 de enero de 1980; mientras que la CVDTOI aún no entra en vigor internacional, toda vez que a la fecha sólo 33 Estados han depositado su instrumento de ratificación, cuando de acuerdo con lo previsto en su artículo 85, numeral 1, se requieren 35 ratificaciones estatales para entrar en vigor. En segundo lugar, en razón que, mientras la CVDT regula los tratados celebrados entre Estados, la CVDTOI solo regula los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y entre estas entre sí. Finalmente, en razón que las disposiciones de ambas convenciones, aunque en ocasiones coinciden en su contenido, en algunos casos son diferentes, atendiendo a las particularidades de los sujetos internacionales que cada una de ellas regula. Es más, la CVDTOI fue preparada por la Comisión de Derecho Internacional con la idea de llegar a ser un complemento necesario de la CVDT.²³

V. Aplicación de la CVDTOI de acuerdo con su ámbito espacial de validez

La CVDTOI fue elaborada, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, por la Comisión de Derecho Internacional y abierta para su firma el 21 de marzo de 1986. Como hemos visto, según lo dispuesto por el artículo 85 de la misma, la Convención deberá entrar en vigor en el ámbito internacional en el momento en que se deposite el instrumento de ratificación número 35. Las organizaciones internacionales interesadas en la materia pueden ratificar la Convención, no obstante, éstas no tienen efectos para computar el número de ratificaciones requerido a efecto de que dicha Convención entre en vigor. Para marzo de 2023, la base de datos oficial de la ONU, la “*UN Treaty Database*” registraba sólo 33 Estados que habían depositado su instrumento de ratificación, junto con 12 organizaciones internacionales que se encontraban en la misma situación.²⁴ Esto significa que, la CVDTOI aún no está en vigor internacional.

²³ Isak, Hubert y Loibl, Gerhard, “The United Nations Conference on The Law of Treaties between Status and International Organisations or between International Organisations”, *Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, núm. 38, 1987, pp. 49-78.

²⁴ Sobre el estatus de la CVDTOI véase: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&clang=en

Respecto a la validez en el ámbito nacional de la CVDTOI, se puede decir que el gobierno de México la suscribió el 21 de marzo de 1986, siendo que el 10 de marzo de 1988 depositó el instrumento de ratificación. El texto de la Convención fue publicado en el DOF del 28 de abril de 1988. No obstante que, el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley sobre la Celebración de Tratados establece que, “Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados en el Diario Oficial de la Federación”, eso no debería llevarnos a concluir que la simple publicación de un tratado en el *DOF*, aún no ha entrado en vigor en el ámbito internacional, traiga como consecuencia su vigencia en el derecho nacional.²⁵

Sin embargo, la CVDTOI se aplicó por la Segunda Sala de la SCJN en la ejecutoria en el A. R. 348/2001,²⁶ en la que le reconoció vigencia y aplicó diversas disposiciones de dicha Convención. A la Segunda Sala le bastó sostener que, de dicho tratado “[...]es parte el Estado mexicano[...]”, para justificar su vigencia y aplicabilidad en el ámbito interno. De esta forma, para determinar si el acuerdo bilateral suscrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa “reúne los requisitos de validez que permiten su aplicación en los Estados Unidos Mexicanos”, la Segunda Sala aplicó las normas de la CVDTOI, omitiendo analizar la vigencia internacional de ésta.

Lo anterior, a nuestro juicio, resulta incorrecto, toda vez que para darle validez en el ámbito interno de los Estados parte a las normas de los tratados, se debe verificar, previamente, si se cumplen, tanto los requisitos de validez jurídica que establece el propio derecho internacional público, como aquellos que establece el sistema jurídico nacional. De igual forma, como no se puede asumir que un tratado que ha entrado en vigor para un Estado en términos de derecho internacional, por ese solo hecho, se deba considerar vigente dentro de su sistema jurídico interno,²⁷ tampoco se puede concluir que la validez de las disposiciones de un tratado internacional depende, exclusivamente, de las

²⁵ En el texto de la CVDTOI publicado por el sitio de la Secretaría de Gobernación denominado Orden Jurídico Nacional, aparece una nota que textualmente establece: “No ha entrado en vigor general”. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>

²⁶ Registro digital: 17498, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XVII, marzo 2003, Pleno y Salas, pp. 459-555. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/17498>

²⁷ Aust, Anthony, *Modern treaty law and practice*, 2a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 178.

normas de derecho interno. Incluso los principios más fundamentales de las Constituciones pueden requerir que un tribunal compare las normas internacionales y las nacionales.²⁸ Esto llega a ser, no solo obligatorio, sino necesario en el desarrollo, configuración, concreción de las normas internacionales, en una época en la que la comunidad internacional adquiere realidad a través de los sistemas jurídicos nacionales²⁹ y en el que se aspira a una adhesión progresiva y uniforme de los demás ordenamientos jurídicos nacionales a la normativa y objetivos del derecho internacional.³⁰ De esta forma, a un tratado internacional no se le debería reconocer vigencia y aplicabilidad en el ámbito interno de un Estado, cuando el mismo aún no cumpla con los requisitos de validez jurídica internacional.³¹ Esto resulta congruente con el principio de *pacta sunt servanda*, pues tal y como lo establece el artículo 26 de la CVDT los Estados parte solo quedan obligados al cumplimiento de las disposiciones de los tratados en vigor.

Las disposiciones del derecho interno solo pueden regular la aplicabilidad de las normas de un tratado en el ámbito interno que, en el momento de su aplicación, ya sean vigentes en los términos del derecho internacional público por cumplir los requisitos de validez que este sistema jurídico prevé para el efecto. De ninguna forma, las normas de derecho interno pueden, por sí mismas, privar o dotar de validez a las normas de los tratados internacionales.³² Es más, como bien lo refieren Verdross y Simma, ni aún en el caso en que un Estado haya optado por la teoría de la “transformación”, y en consecuencia, se requiera de una ley interna que reformule las normas del tratado internacional, se desvinculan la validez internacional de los tratados internacionales, de

²⁸ Boisson de Chazournes, Laurence y McGarry, Brian, “What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, 2014, pp. 862-888, 868.

²⁹ Peters, Anne, Aznar, Mariano y Gutiérrez, Ignacio, *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 11.

³⁰ Capella Giannattasio, Arthur Roberto, “The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law”, *German Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2018, pp. 1-19, p. 9, <https://doi.org/10.1017/S2071832200022574>

³¹ Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, trad. De Marcela Anzola, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 172.

³² Verdross, Alfred y Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 542.

la validez de las normas internas en las que han cobrado validez las mismas. En efecto, en estos casos, las normas jurídicas nacionales que reformulan las disposiciones del tratado, no obstante que en los términos del derecho interno hayan cumplido los requisitos necesarios para entrar en vigor, no inician su vigencia en derecho interno, hasta en tanto el tratado internacional sea vigente en los términos del derecho internacional público. De igual forma, si el tratado internacional vigente en los términos del derecho internacional público llegara a perder vigencia internacional en una fecha posterior, la ley interna perdería automáticamente su validez.³³

VI. La incorrecta interpretación del artículo 46 de la CVDT

1. Los requisitos del artículo 46 de la CVDT

Según lo dispuesto por el artículo 46 de la CVDT:

El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

A diferencia de lo dispuesto en los artículos que van del 48 al 50 de la CVDT, su artículo 46 utiliza una formulación negativa, lo que destaca el carácter excepcional de la causa de nulidad del consentimiento de un Estado para obligarse por un tratado prevista en dicha disposición. De igual forma, confirma que la regla general lo es el principio establecido en el artículo 27 de la CVDT, el que postula la primacía del derecho internacional público sobre el derecho interno,³⁴ al disponer que una “[...]parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento

³³ *Ibidem*, p. 545-6.

³⁴ Becerra Ramírez, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, No. 36, *La jerarquía de los tratados internacionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 245.

de un tratado[...]”.³⁵ Como norma de excepción, el supuesto previsto por el artículo 46 de la CVDT, es de aplicación estricta, por lo que solo se puede hacer valer al caso específicamente previsto y bajo los supuestos expresamente establecidos en la misma. Cuando se cumplen los requisitos previstos en la hipótesis normativa del artículo 46, prevalece la aplicación de este supuesto de invalidez de los tratados sobre lo previsto por el principio general del artículo 27 de la CVDT.³⁶

De esta forma, el artículo 46 establece una hipótesis de excepción al principio de relevancia internacional sobre el derecho interno, para permitir que se observen, con carácter prioritario, las normas fundamentales de un sistema jurídico nacional que rijan la representación del Estado en la ejecución de los actos jurídicos relativos a la conclusión de tratados. Esta excepción se basa principalmente en la suposición que el principio de buena fe no solo proporciona la justificación, sino también marca los límites del principio fundamental de la “autoridad ostensible” prevista en los artículos 7o., 27 y 46 de la CVDT.

Como parte del concepto de derecho interno a que se refiere el artículo 46 de la CVDT se incluyen todas las normas nacionales que regulan la competencia del representante del Estado para la manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, con total independencia del nivel jerárquico que las mismas ocupen en el orden jurídico interno, o de si se trata de disposiciones escritas o no. Por lo tanto, pueden ser invocadas bajo la causal de invalidez que regula el artículo 46 de la CVDT, no sólo las disposiciones del derecho constitucional —escrito o no—, sino también las normas legislativas y las disposiciones administrativas que regulan la manifestación del consentimiento del Estado para quedar obligado por un tratado. Esto, bajo el supuesto que las correspondientes normas revistan una “[...]importancia fundamental[...]” y su violación pueda ser considerada como “[...]manifiesta[...]”.

De esta forma, en los países en donde conforme al sistema jurídico nacional las competencias relativas a la manifestación del consentimiento en representación del Estado para quedar obligado por un tratado se encuentran codificadas, no solo resulta relevante para efectos del artículo 46 de la CVDT

³⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 113.

³⁶ Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Derecho de los tratados*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 224.

el texto de la disposición escrita, sino también la jurisprudencia nacional sobre la misma y la práctica internacional del Estado.³⁷

Respecto al ámbito material del artículo 46, se puede decir que solo las disposiciones constitucionales y legales de derecho nacional, así como la jurisprudencia y prácticas jurídicas³⁸ que regulan la competencia para celebrar tratados, pueden ser invocadas como causa para aducir un vicio del consentimiento en obligarse por un tratado. Quedan excluidas las disposiciones que regulan, exclusivamente, la validez, la aplicación, la interpretación y la observancia de los tratados en el derecho interno.³⁹ Dicha regla de nulidad, solo se refiere a la competencia del órgano, esto significa que se excluyen aquellas disposiciones constitucionales que no se refieren específicamente al órgano competente para manifestar la voluntad del Estado, sino al Estado en su conjunto.⁴⁰

El concepto de: “[...]competencia para celebrar tratados[...]” —treaty-making power— debe interpretarse, en términos generales, como incluyendo a todos los requisitos que regulan las facultades para celebrar tratados, esto es, tanto a los procesales —investidura, formalidades y procesos en la conclusión de tratados—, como a los sustantivos —materias en las que el representante del Estado está facultado por las normas fundamentales para celebrar tratados—. ⁴¹

En concreto, el concepto de “[...]disposiciones del derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados[...]” se refiere tanto a la distribución de las competencias entre los distintos órganos del Estado rela-

³⁷ Arbitral Award of 31 July 1989—*Guinea-Bissau v Senegal*— 83, *International Legal Materials*, párrafos 56-59, p. 1, disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/82/judgments>

³⁸ ICJ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea intervening)*, ICJ Reports 303, 2002, párrafo 266, <https://www.icj-cij.org/case/94>

³⁹ Rojas Amandi, Víctor Manuel, *El principio pacta sunt servanda y su recepción en el sistema jurídico mexicano*, México, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 233 y 234; Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción...*, cit., pp. 114-115; García Moreno, Víctor Carlos, *Apuntes sobre el Derecho de los Tratados*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2010, pp. 76 y 77.

⁴⁰ Ver el comentario de los comisionados de Luxemburgo y de Panamá. *Yearbook of the International Law Commission*, 1965, t. II, pp. 67 y 69, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1965_v2.pdf

⁴¹ Verdross, Alfred y Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, cit., pp. 446-447; Müller, Jörg Paul, *Vertrauensschutz und Völkerrecht*, Alemania, Heymann, 1971, pp. 206-208; Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Derecho de los tratados*, cit., p. 224.

tivos a la formación y a la manifestación de la voluntad en obligarse por un tratado —por ejemplo, la aprobación legislativa, refrendo ministerial, referéndum—,⁴² como también a las limitaciones sustantivas de la facultad de celebrar tratados del Estado en su conjunto.

Por otra parte, para caer bajo el supuesto del artículo 46 de la CVDT, las disposiciones jurídicas internas que califican para ser invocadas como vicios de consentimiento para obligarse por un tratado, deben revestir una importancia fundamental. Este requisito adicional fue presentado en la Conferencia de Viena con el fin de “[...]fortalecer el carácter excepcional de los casos en que la violación de una disposición de derecho interno puede invocarse como causa de nulidad[...]”.⁴³ La intención de esta enmienda fue la de excluir “[...] el marco legal menor e incluso las disposiciones administrativas[...]”⁴⁴ y la de restringir el ámbito de aplicación del artículo 46 de la CVDT a las normas del derecho interno realmente relevantes, esto es, a las normas fundamentales.⁴⁵ La importancia fundamental de una norma no depende del requisito formal de ser parte del derecho constitucional,⁴⁶ más bien, es la estructura institucional y política del Estado y de la relación entre el Estado y los ciudadanos, la que le concede su estatus “constitucional” en el sentido sustantivo y, por lo tanto, su carácter de importancia fundamental en el sentido del artículo 46 de la CVDT.⁴⁷ En la medida que una regla⁴⁸ se relaciona directamente con la distribución de competencias para la conducción de las relaciones exteriores,

⁴² Wildhaber, Luzius, *Treaty-Making Power and Constitution: an international and comparative study*, Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1971, p. 177.

⁴³ Organization of the United Nations, *United Nations Conference on the Law of the Treaties*, vol. I, New York, 1969, pp. 240, 242 y 243. Posiciones de los gobiernos de Ucrania, Reino Unido y Chipre, https://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1.pdf

⁴⁴ *Ibidem*, p. 239. Vol. I: Posición del Gobierno de Perú.

⁴⁵ Organization of the United Nations, *United Nations Conference on the Law of the Treaties*, vol. I, pp. 239 y 243. Posiciones de los Gobiernos de Perú y de Colombia.

⁴⁶ *Loan Agreement between Italy and Costa Rica* (Italy v. Costa Rica), 25 RIAA 23, 1998, párrafos 27, 44-45; Becerra Ramírez, *La recepción...*, cit., p. 114.

⁴⁷ ICJ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria, Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 303, 2002, párrafo 265, <https://www.icj-cij.org/case/94>

⁴⁸ Fox, George, “Constitutional Violations and the Validity of Treaties: Will Iraq Give Lawful Consent to Status of Force Agreement?”, *Wayne State University Law School Research Paper*, num. 08-25, p. 23.

se califica como una “regla constitucional” en sentido sustancial⁴⁹ y de ahí su “importancia fundamental”.⁵⁰

Según lo dispuesto en el 2, del artículo 46 de la CVDT, una “[...]violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe[...]”. De esta forma, para darle viabilidad a la solución de compromiso entre el derecho internacional y el derecho nacional,⁵¹ la CVDT estableció que la violación de la legítima representación para concluir tratados por parte de un Estado, debe ser manifiesta para la otra u otras partes contratantes.⁵² Esto es lo que sucede cuando el Estado que celebra un tratado con otro deficientemente representado tenía conocimiento, por ejemplo, en virtud de una advertencia específica,⁵³ o simplemente, porque fue ignorante de la competencia deficiente con que intervino el representante de otro Estado por su propia negligencia. Para determinar hasta qué punto un Estado es ignorante por negligente, se debe aplicar el estándar de prudencia y de cuidado. El artículo 46, numeral 2, de la CVDT define este estándar objetivamente con base al principio de buena fe y a las conductas observadas por un Estado “[...]conforme

⁴⁹ La Corte presupuso que las reglas constitucionales sustantivas no se encuentran necesariamente previstas en el texto constitucional en sentido formal, que las mismas bien podrían estar contenidas en documentos legislativos. ICJ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea intervening)*, ICJ Reports 303, 2002, párrafo 266, <https://www.icj-cij.org/case/94>.

⁵⁰ Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff PublishersKoninklijke, 2009, pp. 13-26. Véase: Iran-United States Claims Tribunal, *Philips Petroleum Co v. Iran* (Opinión disidente de Shafeiei), Case 30, Award No IITL, pp. 11-30-2; disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-phillips-petroleum-company-iran-v-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-award-award-no-425-39-2-friday-16th-june-1989>. *Amoco Iran Co v Iran* (Opinión disidente de Shafeiei), Case 55, Award No IITL 12-55-2; disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-amoco-iran-oil-company-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-iranian-offshore-oil-company-and-iranian-oil-company-interlocutory-award-award-no-itl-12-55-2-thursday-30th-december-1982>

⁵¹ Guardia, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 202.

⁵² Véase la opinión del comisionado Pal. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, t. I, p. 14. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1963_v1.pdf

⁵³ ICJ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea intervening)*, ICJ Reports 303, 2002, párrafo 266, <https://www.icj-cij.org/case/94>

a la práctica usual[...].” A pesar del carácter objetivo de su texto, la norma requiere en su aplicación de una valoración de las circunstancias particulares del caso.⁵⁴

De esta forma, por regla general, las violaciones a las normas del derecho interno solo pueden ser consideradas manifiestas, si la limitación de la autoridad del representante podría haberse determinado por cualquier Estado sin haber realizado una investigación profunda de su derecho interno o, si la misma hubiere sido fácilmente identificable. Este podría ser el caso cuando la restricción impuesta por las normas del derecho interno respecto a la competencia hubiera sido “[...]un asunto de conocimiento común[...]”,⁵⁵ por ejemplo, por haber sido discutido en los medios.

2. *Invocación como causal de nulidad del consentimiento*

La manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado que se ha expresado en violación manifiesta de normas fundamentales del derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados, no resulta *ipso facto* nula, sin embargo, podría ser anulable de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 65 al 68 de la CVDT. Cualquier Estado parte de un tratado solo podrá invocar la violación de su propio derecho interno como causal para anular su consentimiento.⁵⁶

⁵⁴ El Comentario al Art. 43 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional establece: “En el artículo se enuncia la norma de que, cuando la violación del Derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados sea manifiesta objetivamente para cualquier Estado que se ocupe del asunto normalmente y de buena fe, se podrá rechazar el consentimiento en obligarse por el tratado que se había manifestado en nombre del Estado. En opinión de la Comisión, la palabra “manifiesta”, según su sentido corriente, basta para indicar el carácter objetivo del criterio que se ha de aplicar. Opinó también que no sería práctico ni conveniente tratar de especificar de antemano los casos en que se puede considerar que una violación del Derecho interno es una violación “manifiesta”, ya que la cuestión depende en gran medida de las circunstancias particulares de cada caso”. Esto significa que la interpretación formal que le da la Suprema Corte, al ubicar como norma de importancia fundamental a las normas formalmente constitucionales, no está de acuerdo con la idea que tuvo la Comisión de Derecho Internacional. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 265, *cit.*

⁵⁵ Véase la opinión del comisionado Rosenne. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, t. I, p. 207.

⁵⁶ *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, 83 ILR 1989, párrafo 60; Maritime

El derecho a invocar la violación del derecho interno puede perderse de conformidad con el artículo 45 de la CVDT; de acuerdo con esta disposición, un Estado pierde el derecho para alegar una causa de nulidad si

[...]después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado[...] ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o[...] se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación[...]

Especialmente delicado son los casos en que el retraso del Estado para reclamar la nulidad se prolonga por demasiado tiempo⁵⁷ o, cuando se trata al acuerdo como si fuera válido por un periodo de tiempo considerable.⁵⁸

3. Interpretación del artículo 46 de la CVDT por la SCJN

La SCJN, actuando en Pleno o en salas, aplicó en varias ocasiones el artículo 46 de la CVDT. En todas ellas ésta ha sido interpretada sistemáticamente con el artículo 27 de la CVDT y como una excepción a lo previsto en la misma. De esta forma, existe un criterio firmemente establecido en el sentido que en el ámbito interno mexicano vale el principio incorporado al artículo 27 de la CVDT, el que precisa que un “[...]Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado[...]”, a menos que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 46 de la CVDT.⁵⁹ Sin embargo, la SCJN entiende dicha excep-

Delimitation between Guinea-Bissau and Senegal, *Guinea-Bissau v Senegal*, 1995, ICJ Rep 423; <https://www.icj-cij.org/case/85>; Wildhaber, Luzius, op. cit., p. 173.

⁵⁷ ICJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v Colombia)* (Preliminary Objections), ICJ, 2007, Reports 832, párrafo 79; disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/124>

⁵⁸ ICJ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria, Equatorial Guinea intervening)*, (2002) ICJ Reports 303, párrafo 267; disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/94>; ICJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v Colombia)* (Preliminary Objections), ICJ, 2007, Reports 832, párrafo 79; disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/124>; *Loan Agreement between Italy and Costa Rica (Italy v. Costa Rica)*, 25 RIAA 23, 1998, párrafos 8, 29 y 49.

⁵⁹ Amparo en Revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Registro Núm. 6353, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XI, marzo de 2000, p. 442; Amparo en Revisión 120/2002, Registro Núm. 21402, *Semanario*

ción de una manera contraria a su texto, a su objeto y fin, a los materiales de la Comisión de Derecho Internacional⁶⁰ y a la práctica internacional. En su interpretación, el máximo tribunal entiende que: “[...]la Convención de Viena acepta en principio la tesis monista-internacionalista, sin embargo, acepta una excepción consistente en violación a disposiciones de importancia fundamental, tal es el caso evidentemente de las normas constitucionales[...]”.⁶¹

De esta forma, para la SCJN, cualquier norma convencional, de cualquier materia y con cualquier contenido, que entre en conflicto material con alguna norma formalmente constitucional, caería bajo el supuesto de la excepción prevista en el artículo 46 de la CVDT, no obstante, lo prescrito por su texto, motivo y fin, por los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y por la práctica internacional.⁶² Así, para la SCJN, la interpretación del artículo

Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, t. XXIX, febrero de 2009, p. 477; Registro: 2001860; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Segunda Sala, Tipo de Tesis, Libro XIII, Octubre de 2012, t. 3; Tesis: 2a. LXXIV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Materia(s): Constitucional, Libro XIII, octubre de 2012, t. 3, p. 2034; Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), p. 2038; Tesis: 1a. CXLIV/2014 (10a.), 2006181, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, t. I, p. 823; Registro: 2004086, P./J. 24/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Materia Constitucional, Libro XXII, julio de 2013, t. 1, p. 8; Registro: 2003847, Tesis: 1a. CXCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI, junio de 2013, t. 1, p. 602.

⁶⁰ “[...]la mayoría de los miembros estimaron que la complejidad y la aplicación incierta de las disposiciones del derecho interno relativas a la celebración de tratados crean un riesgo demasiado grande para la seguridad de los tratados...En cambio, otros miembros opinaron que era admisible hacer una excepción en los casos en que la infracción del derecho interno relativo a la competencia para celebrar tratados fuese absolutamente evidente... Esos miembros tuvieron presente el caso, ocurrido realmente, de que un jefe de Estado concierte un tratado bajo su propia responsabilidad con infracción de una disposición inequívoca de la constitución... En el artículo se enuncia la norma de que, cuando la violación del derecho interno relativo a la competencia para celebrar tratados sea manifiesta objetivamente para cualquier Estado que se ocupe del asunto normalmente y de buena fe, se podrá rechazar el consentimiento en obligarse por el tratado que se había manifestado en nombre del Estado[...]”. Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios, Artículo 43, *op. cit.*, p. 265.

⁶¹ Amparo en Revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Registro Núm. 6353; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XI, marzo de 2000, p. 442.

⁶² El representante mexicano ante la Conferencia sobre Derecho de los Tratados trató tam-

46 de la CVDT faculta a los jueces nacionales para que determinen cuándo resulta inaplicable una norma convencional que obligue al Estado mexicano por considerarla como incompatible con una norma interna de importancia fundamental.⁶³ El Pleno, expresamente, ha señalado:

Este principio, sin embargo, admite excepciones, previstas también expresamente en el artículo 46 de la convención citada y que en esencia se resumen en que procederá declarar la nulidad de un tratado opuesto al derecho interno en aquellos casos en que exista una violación manifiesta a éste y se afecte una norma de importancia fundamental del derecho interno. En el entendido de que la violación manifiesta ha sido definida por la Corte Internacional de Justicia como aquella que resulta objetivamente evidente para cualquier Estado, conforme a la práctica usual y la buena fe[...]⁶⁴

Asimismo, la Segunda Sala del máximo tribunal ha justificado la superior jerarquía de las normas constitucionales sobre derechos humanos frente a las relativas previstas en los tratados de los que el Estado mexicano es parte, también con fundamento en el artículo 46, aunque no de la CVDT, sino de la CVDTOI. Más allá que esto resulta incorrecto, toda vez que esta convención no se encuentra en vigor internacional y que, de encontrarse, no aplicaría a los tratados sobre derechos humanos, por ser tratados que se celebran entre Estados, se debe destacar que se pretende utilizar dicha disposición para justificar con base en el derecho internacional público, la supremacía de las nor-

bién de poner énfasis en que en el ámbito interno de varios países, como es el caso de México, la Constitución detenta una mayor fuerza normativa sobre los tratados y que si se declarara judicialmente la inconstitucionalidad de un tratado esto llevaría al Estado a la imposibilidad jurídica del cumplimiento de sus obligaciones convencionales, por lo que solicitó que dicho caso se regulará como un caso de fuerza mayor que justificaría el incumplimiento del tratado, ante lo que el representante de Suecia precisó que no se podía aceptar el argumento del representante de México sobre la imposibilidad jurídica, porque sería contrario a la regla adoptada consistente en que un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, asegurando que la invocación de una violación manifiesta de una disposición de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados difícilmente estaría de acuerdo con la práctica de los Estados y podría causar serias dificultades a los gobiernos. Organization of the United Nations, *United Nations Conference on the Law of the Treaties*, vol. I, pp. 240 y 241.

⁶³ En la doctrina mexicana, de esta misma forma interpreta el Art. 46 de la CVDT, Ortiz Ahlf, Loretta, *Régimen interno e internacional de los tratados*, México, Escuela Libre de Derecho, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 27-8 y 39-40.

⁶⁴ Amparo en Revisión 120/2002, Registro Núm. 21402, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXIX, febrero de 2009, p. 477.

mas de la CPEUM frente a las convencionales. De esta forma, la Segunda Sala trata de fundamentar en esta norma convencional el principio de supremacía constitucional en los siguientes términos:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO. La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que “de ella emanan” y en el de los tratados “que estén de acuerdo con la misma”. Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.⁶⁵

Asimismo, el artículo 46 de la CVDTOI ha sido aplicado por la Segunda Sala de la SCJN como fundamento de la negativa de estudiar la inconvencionalidad de disposiciones constitucionales y para garantizar en el ámbito interno la supremacía de éstas:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. De los ar-

⁶⁵ Registro: 2002065, Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, t. 3, p. 2038.

títulos 1o., 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos-Mexicanos y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales deriva la imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, fundamentalmente porque con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se sigue reconociendo el principio de supremacía constitucional, lo cual obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas, conforme a los artículos señalados. En ese orden de ideas, el hecho de que el principio de supremacía constitucional no fuera modificado con la aludida reforma al artículo 1o. del Pacto Federal, torna imposible el planteamiento de la inconventionalidad de un artículo constitucional, pues los tratados internacionales encuentran su origen y validez en la Constitución; de ahí que los conceptos de violación en ese sentido deben declararse inoperantes.⁶⁶

Esta tesis parece sugerir que el derecho internacional le garantiza en el artículo 46 de la CVDT a los Estados partes la supremacía de su propia Constitución frente a las normas internacionales. En realidad, dicha disposición solo garantiza la primacía de las normas nacionales de carácter constitucional, jurisprudencial y, cualquiera otra de importancia fundamental, que regule las competencias de los órganos internos en la celebración de tratados y esto, solamente, cuando se cumplan las condiciones que establecen los numerales 1 y 2 de dicha disposición.

En concreto, encontramos tres problemas fundamentales en la interpretación hecha por el Pleno y por la Segunda Sala de la SCJN del artículo 46 de la CVDT. En primer lugar, que la prevista en tal disposición es una causal de invalidez de los tratados, la que, como tal, se refiere a normas que desde su origen, han nacido con un vicio —normas de competencia interna para celebrar tratados— que afecta su validez jurídica. En cambio, para nuestro máximo tribunal, se podría hacer valer esta causal de invalidez, también para tratados que hayan nacido a la vida jurídica de una manera jurídicamente perfecta, pero que por una reforma constitucional posterior a su entrada en vigor, caigan en contradicción con las disposiciones constitucionales. No se debe perder de vista que como causa de invalidez de los tratados la inefica-

⁶⁶ Registro: 2001860, Tesis: 2a. LXXIV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, octubre de 2012, t. 3, p. 2034.

cia debería surgir del nacimiento del tratado mismo y no de una causa que nace con posterioridad al tratado, pues para este caso se prevén en la CVDT las causas de terminación y/o suspensión. Esto significa que el supuesto que prevé el artículo 46 de la CVDT, al igual que los previstos en los artículos 47 a 52 de la CVDT, tiene como propósito corroborar la invalidez de un tratado que desde un inicio acusó un vicio del consentimiento y no dar por terminado un tratado que surgió a la vida jurídica perfecto. Por esta razón, es por la que el artículo 69 de la CVDT precisa que las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica y que cualquier parte podrá exigir, en la medida de lo posible, que los efectos de las normas que se hayan llegado a aplicar se destruyan retroactivamente. De haber querido que el supuesto previsto en el artículo 46 de la CVDT funcionara como una causa sobreviniente a la validez del tratado, la Comisión de Derecho Internacional y los Estados parte de la CVDT, hubieran previsto la hipótesis prevista en dicha disposición como una causal de terminación del tratado en su sección 3 de la Parte V.

La segunda objeción que se le puede hacer a la interpretación del artículo 46 de la CVDT por parte de la SCJN consiste en su ámbito material de validez. En efecto, la excepción prevista en el artículo 46 de la CVDT sólo se refiere a la “[...]violación de una disposición de su derecho interno concierne a la competencia para celebrar tratados[...]”. Así, esta excepción solo aplica, en los términos de lo previsto en la letra, motivo y fin, en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y en la práctica internacional, para invalidar tratados, que no disposiciones de los mismos, que hayan sido celebrados en violación manifiesta a las normas fundamentales de derecho interno sobre la competencia de sus órganos para celebrar tratados. En cambio, nuestro máximo tribunal la ha querido entender como una norma de solución de concurrencias normativas entre normas convencionales y normas constitucionales, la que permite dar preferencia a éstas sobre aquellas en caso de cualquier tipo de concurrencias normativas.

La tercera objeción que se puede plantear a la interpretación del artículo 46 de la CVDT de la SCJN, consiste en que la aplicación de dicha disposición está concebida para hacerse valer en el proceso internacional previsto en los artículos que van del 65 al 72 de la CVDT. Esto es, en términos de lo previsto en la CVDT, la misma no se puede hacer valer, ni ante la SCJN, ni ante ningún otro tribunal nacional de alguno de los Estados parte. Esto atentaría contra la seguridad jurídica de los tratados, puesto que desde el ámbito interno de un Estado y sin conceder la garantía de audiencia a los demás Estados parte del

mismo se podría anular un tratado en detrimento de la certeza jurídica que se requiere en el tráfico jurídico internacional.

La SCJN podría haber llegado a otro resultado si hubiera distinguido entre, por una parte, los límites que se establecen en la Constitución sobre la competencia para celebrar tratados tanto sustantivos como procesales y que tienen relevancia para el derecho internacional público y, por la otra, los efectos jurídicos de tales límites dentro del sistema jurídico nacional en relación con la incorporación y validez en el sistema jurídico interno de los tratados ya celebrados y que ya obligan al Estado en términos del derecho internacional público. Esto, en razón de que el artículo 46 de la CVDT solo resulta aplicable por lo que hace al primer aspecto. De aceptar que dicha disposición también se puede aplicar por los tribunales nacionales para el segundo propósito y en cualquier tiempo, nos llevaría al absurdo de tener que asumir que la causa de invalidez mencionada puede ser aplicada unilateralmente por los tribunales nacionales de cualquier Estado parte de un tratado en contra de lo dispuesto por el artículo 45 de la CVDT y de los demás dispositivos sobre el procedimiento de nulidad de los tratados. Esto, independientemente que el Pleno de la SCJN, desconociendo el criterio impuesto por su Segunda Sala,⁶⁷ llevó a cabo una interpretación del artículo 46 de la CVDT al margen de las reglas de derecho internacional público previstas en los artículos 31, 32 y 33 de la propia CVDT.

Todo lo anterior, sin considerar, que en términos de lo dispuesto por el Art. 69 de la CVDT, el tratado que se deba anular en términos de lo dispuesto en el artículo 46 de la misma, se debería anular en su integridad. Una nulidad parcial, esto es, solo en cuanto hace a las disposiciones convencionales que resulten inconstitucionales, tal y como lo hace la SCJN, no estaría permitida por la CVDT.

⁶⁷ TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN 14 DE FEBRERO DE 1975). Tesis IICLXXI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 292; TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN DEBE SER CONFORME AL TEXTO DE LOS MISMOS CUANDO EL SENTIDO DE LAS PALABRAS SEA CLARO Y VAYAN DE ACUERDO A SU OBJETO Y FIN, Tesis: 1a. CCLX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, t. I, p. 324.

VI. Conclusiones

La aplicación de la CVDT y de la CVDTOI por la SCJN, actuando en Pleno o en salas, muestra el gran reto que se presenta para los operadores jurídicos cuando deben aplicar tratados internacionales en los casos de los que conocen.

Del breve análisis que hemos realizado de cinco aspectos de la ejecución de las disposiciones de la CVDT y de la CVDTOI en el ámbito interno mexicano, se muestra que la aplicación de los requisitos de validez material y temporal de los tratados resulta más compleja que el de las fuentes nacionales. Esto tiene que ver, en primer lugar, con la doble validez de los tratados, por una parte, como fuente del derecho internacional público y, por la otra, como fuente del derecho nacional. Además, por lo que hace a la materia de regulación, las disposiciones de la CVDT y aquellas de la CVDTOI, llegan a ser, en ocasiones, tan similares que pueden confundirse. Finalmente, la interpretación del artículo 46 de la CVDT nos muestra que para orientar una interpretación de una disposición convencional se debe, cuando existan, recurrir a instrumentos del *soft law* como “[...]un criterio orientador en sentido amplio[...]”,⁶⁸ tal y como lo parece recomendar la Primera Sala de la SCJN. Una interpretación directa de una norma internacional, tal y como lo hemos visto en el caso de la mencionada regla prevista en el artículo 46 de la CVDT, puede conducir a falsear el sentido corriente de sus términos, su contexto, su objeto, motivo o fin.

De esta forma, del análisis realizado, bien se puede concluir que la SCJN, como órgano, no ha tomado en serio las tareas que ella misma se ha impuesto en materia de tratados y a veinticuatro años de dotar, en el ámbito interno, de una validez y aplicabilidad directa y preferente a los tratados, no se ha preocupado por emprender una capacitación del personal que la integra en el derecho de los tratados. Los efectos potenciales de esta deficiencia son graves: obligar a las autoridades nacionales mediante criterios vinculantes de la SCJN a incumplir las obligaciones internacionales del Estado previstas en tratados internacionales y, en consecuencia, a poner al Estado mexicano en el riesgo de reclamaciones internacionales por incurrir en responsabilidad internacional. Esto, en razón que, como es bien sabido, la no aplicación de

⁶⁸ Registro digital: 2018817, Tesis: 1a. CXCVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, Diciembre de 2018, t. I, p. 407.

las disposiciones internacionales que resultan obligatorias a las autoridades internas del Estado, por parte de las cortes nacionales, produce responsabilidad internacional.⁶⁹

VIII. Bibliografía

- AUST, Anthony, *Modern treaty law and practice*, 2a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, No. 36: *La jerarquía de los tratados internacionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho interno*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del estado de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y MCGARRY, Brian, “What Roles Can Constitutional Law Play in Investment Arbitration?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, 2014.
- CAPELLA GIANNATTASIO, Arthur Roberto, “The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law”, *German Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2018, pp. 1-19, <https://doi.org/10.1017/S2071832200022574>
- CARPISO, Enrique, *El control del poder constituyente, de la reforma constitucional y de los tratados internacionales*, México, UBIJUS, 2018.
- Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los

⁶⁹ Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del estado de derecho*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 243; Carpizo, Enrique, *El control del poder constituyente, de la reforma constitucional y de los tratados internacionales*, México, UBIJUS, 2018, p. 96.

- Tratados con sus Comentarios, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v2.pdf
- Comisión de Derecho Internacional, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, t. I. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1963_v1.pdf
- Comisión de Derecho Internacional, *Yearbook of the International Law Commission*, 1965, t. II, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1965_v2.pdf
- FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers Koninklijke, 2009.
- FOX, George, “Constitutional Violations and the Validity of Treaties: Will Iraq Give Lawful Consent to Status of Force Agreement?”, *Wayne State University Law School Research Paper*, num. 08-25, pp. 1-49.
- GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, *Apuntes sobre el derecho de los tratados*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2010.
- GUARDIA, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, trad. Marcela Anzola, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- ISAK, Hubert y LOIBL, Gerhard, “The United Nations Conference on The Law of Treaties between Status and International Organisations or between International Organisations”, *Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, núm. 38, 1987, pp. 49-78.
- MÜLLER, Jörg Paul, *Vertrauensschutz und Voelkerrecht*, Alemania, Heymann, 1971.
- Organización de las Naciones Unidas, *United Nations Conference on the Law of the Treaties*, vol. I, Nueva York, 1969. Disponible en: https://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1.pdf
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Régimen interno e internacional de los tratados*, México, Escuela Libre de Derecho-Tirant lo Blanch, 2017.
- PETERS, Anne, AZNAR, Mariano y GUTIÉRREZ, Ignacio, *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Derecho de los tratados*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *El principio pacta sunt servanda y su recepción en el sistema jurídico mexicano*, México, Tirant lo Blanch, México, 2020.
- VERDROSS, Alfred y SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984.
- WILDHABER, Luzius, *Treaty-Making Power and Constitution: an international and comparative study*, Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1971.

Derecho a la educación e igualdad: reflexiones a partir del caso Pavez Pavez vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Right to Education and Equality: Reflections on the Case of Pavez Pavez vs. Chile of the Inter-American Court of Human Rights

Droit à l'éducation et égalité: réflexions à partir du cas Pavez Pavez c. Chili de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Liliana Ronconi

 <https://orcid.org/0000-0002-7722-0015>

Universidad Santo Tomás, Valdivia, Chile
Correo electrónico: Ironconi@santotomas.cl

Recepción: 17 de noviembre de 2022

Aceptación: 2 de mayo de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17517>

Resumen: En este trabajo se realizan una serie de reflexiones vinculadas al derecho a la educación, en especial, al rol que juega la enseñanza de educación religiosa en la educación básica. En este sentido, se toma como eje de análisis el caso Pavez Pavez vs. Chile, resuelto recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se discutió sobre las obligaciones del Estado en la exclusión de una docente de la materia de religión por su condición de lesbiana. Busco mostrar como el derecho a enseñar debe estar siempre condicionado por el derecho a aprender. Sin embargo, la interpretación del derecho a la educación poniendo el foco en el derecho a aprender aparece muchas veces desdibujada, en especial en lo que hace a la discusión sobre educación religiosa.

Palabras claves: derecho a la educación, derecho a aprender, derecho a enseñar, libertad religiosa, derecho de los padres.

Abstract: In this work, I propose a series of reflections related to the right to education, especially, the role played by the teaching of religious education in basic education. In this sense, the

case *Pavez Pavez vs. Chile*, recently resolved by the Inter-American Court of Human Rights, in which the obligations of the State in the exclusion of a teacher from teaching religion because of her lesbian status were discussed. I seek to show how the right to teach must always be conditioned by the right to learn. However, the interpretation of the right to education focusing on the right to learn often appears blurred, especially with regard to the discussion on religious education.

Keywords: right to education, right to learn, right to teach, religious freedom, right of parents.

Resumé: Dans ce travail, une série de réflexions liées au droit à l'éducation sont menées, en particulier, le rôle joué par l'enseignement de l'éducation religieuse dans l'éducation de base. En ce sens, l'affaire *Pavez Pavez vs. Chili*, récemment résolue par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans laquelle les obligations de l'État dans l'exclusion d'une enseignante de l'enseignement de la religion en raison de son statut de lesbienne ont été discutées. Je cherche à montrer comment le droit d'enseigner doit toujours être conditionné par le droit d'apprendre. Cependant, l'interprétation du droit à l'éducation centrée sur le droit d'apprendre apparaît souvent floue, notamment en ce qui concerne le débat sur l'éducation religieuse.

Mots clés: droit à l'éducation, droit d'apprendre, droit d'enseigner, liberté religieuse, droit des parents.

Sumario: *I. Introducción. II. Los Hechos del Caso. III. Los argumentos de la Corte. IV. Los argumentos ausentes: el derecho a la educación desde una mirada igualitaria. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. Introducción

El derecho a la educación se encuentra ampliamente reconocido en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos¹ y en diversas constituciones de los países de la región.² Este derecho tiene dos caras: por un lado, a recibir educación (*derecho a aprender*) y, por otro, a brindar educación (*derecho a enseñar*). Estas funcionan en forma conjunta, ya que no pueden ser inter-

¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13, inciso 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18, inciso 4), Convención de los Derechos del Niño (artículo 28), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 10), entre otros.

² Artículo 19, Constitución Política de Chile; artículo 3o., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 5o. y 75, inciso 19, Constitución argentina; artículo 64, Constitución colombiana, entre otras.

pretadas una sin la otra. Principalmente, entiendo que el derecho a enseñar debe estar siempre condicionado por el derecho a aprender.³ Sin embargo, la interpretación del derecho a la educación poniendo el foco en el derecho a aprender aparece muchas veces desdibujada. En este sentido, parece orientarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Pavez Pavez vs. Chile*.⁴

En el caso, el Estado chileno resultó declarado responsable internacionalmente por la violación de diversos derechos a la Sra. Pavez pues, en base a su orientación sexual, una institución religiosa le retiró el certificado que la habilitaba a dar clases de religión en las escuelas públicas y esto no fue revisado por las autoridades estatales. Sin duda, el caso presenta algunas cuestiones que son relevantes en lo que se refiere a estándares en materia de derechos humanos (especialmente en lo relativo a igualdad y no discriminación, autonomía personal, y el rol de los agentes no-estatales).⁵ Sin embargo, también es posible identificar al menos dos aspectos en los que la Corte IDH perdió la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia vinculada al derecho a la educación. En primer lugar, la sentencia da cuenta de un vacío en la interpretación del derecho a la educación desde una mirada igualitaria robusta, en especial en lo que refiere a los límites que impone a la libertad religiosa y al derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos.⁶ El caso presentaba una oportunidad para desarrollar estándares igualitarios claros sobre la enseñanza religiosa en el ámbito educativo público, que no fue tomada por la Corte IDH. Además, la Corte no avanzó en visibilizar ni cuestionar las estructuras que dieron origen a la discriminación por la orientación sexual. Así, se vis-

³ Ronconi, Liliana, “Derechos a la Educación: bases para su tutela judicial”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 63-106.

⁴ Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, excepciones preliminares, rondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de febrero de 2022.

⁵ Entiendo por tales aquellos que no forman parte del Estado, aun cuando, por ejemplo, la iglesia católica conserva, en muchos casos, como en Chile, la personalidad jurídica de derecho público. Al respecto, véase: Precht Pizarro, Jorge, “La laicidad del Estado en cuatro constituciones latinoamericanas”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 697-716.

⁶ Utilizaré el término *padres e hijos* porque es el que en general utilizan los instrumentos de derechos humanos o constituciones nacionales. Sin embargo, no desconozco que esta forma de nombrar a los sujetos no es neutral en términos de género.

lumbra un escaso desarrollo de una sólida concepción de igualdad en su faz transformadora.

De esta manera, el objetivo de este trabajo es realizar un comentario al caso, los avances que representa y los desafíos para la interpretación del derecho a la educación en forma igualitaria. Para esto, en primer lugar (I) resumiré brevemente los hechos del caso. Luego (II) me referiré a los principales argumentos brindados por la Corte IDH, para así posteriormente (III) plantear los argumentos que, a mi entender, quedaron ausentes y que siguen siendo un desafío en la región.

II. Los hechos del caso

En el derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) reconocen el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos (que es más amplia que la elección del establecimiento).

Por su parte, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile reconoce, entre otros derechos, el derecho a la educación y el deber de los padres de educar a sus hijos. Asimismo, dispone que los padres tienen derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. La Constitución chilena reconoce también la libertad de religión y creencias (artículo 19, núm. 6 inciso 1) y el principio de igualdad y no discriminación (artículo 19, núms. 2 y 3).⁷

⁷ Sobre la interpretación de la cláusula de igualdad y no discriminación en Chile véase: Coddou, Alberto, “The Constitutional History of Equality and Non-Discrimination in Chile”, en Collin, Peter y Bastias, Manuel (eds.), *Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective*, Frankfurt am Main, Max-Planck-Institute for European Legal History (en prensa). Para una conceptualización más general véase: Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018; Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 141-179; Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

Ante este marco normativo, el Decreto 924 (septiembre 1983) del Ministerio de Educación de Chile dispone que todos los establecimientos estatales y privados de educación pre-básica, general básica y media del país tienen el deber de ofrecer 2 horas de clases semanales optativas de religión, en el horario semanal oficial del establecimiento.⁸ Sobre quiénes pueden ser profesores en esas clases, el artículo 9o. del Decreto postula que “El profesor de Religión, para ejercer como tal, deberá estar en posesión de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponda, cuya validez durará mientras ésta no lo revoque”.⁹

Desde 1985, la señora Sandra Pavez se desempeñó como profesora de religión católica en un establecimiento educacional público, administrado y financiado por el Estado chileno, habiendo recibido varios títulos profesionales (universitarios) de profesora de religión como asimismo certificados de idoneidad de las autoridades eclesíásticas (específicamente de la Vicaría para la Educación de San Bernardo que dependía de la Iglesia Católica chilena). En abril de 1991, obtuvo la calidad de profesora de planta de esa institución educativa dando clases de religión.

En el año 2007, a través de llamadas anónimas al establecimiento educativo y a la Diócesis respectiva, se habría “esparcido” el rumor de que Sandra Pavez era lesbiana. Así, un miembro de la Vicaría la exhortó en varias oportunidades a terminar su “vida homosexual”, y le indicó que, para continuar con el ejercicio de su cargo, debería someterse a “terapias de orden psiquiátrico”.

Posteriormente, la autoridad eclesíástica decidió revocar su certificado, inhabilitándola para el ejercicio como docente de la asignatura de religión católica en los establecimientos educacionales que se encuentran en la Diócesis, dejando constancia de que “las ayudas espirituales y médicas ofrecidas” fueron rechazadas por la Sra. Pavez. Unos días después se comunicó la situación al Colegio, agregando que se retiró el certificado ya que la Sra. Pavez no podía seguir desempeñando el cargo, pues “su idoneidad moral ha sufrido una grave alteración al vivir públicamente como una persona lesbiana, en abierta contradicción con los contenidos y enseñanzas de la doctrina

⁸ Decreto 924, Ministerio de Educación de Chile, 1983. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16238&buscar=decreto%2Bsuoremo%2B924%2Bdel%2B83%2Bclases%2Bde%2Breligion>

⁹ *Idem.*

católica que ella misma estaba llamada a enseñar”.¹⁰ La Sra. Pavez solicitó ante las autoridades eclesiásticas y judiciales la nulidad del retiro del certificado, pero sus solicitudes fueron rechazadas. En este último caso, con el argumento de que conforme el Decreto 924 era el órgano religioso que tenía la facultad para otorgar y revocar la autorización correspondiente conforme a sus principios, situación que no permitía injerencia alguna por parte del Estado.

Ante esta situación, la dirección del establecimiento educativo le ofreció un cargo de inspectora general interina, en el que fue titularizada en 2011. Ese cargo no le permitió ejercer como profesora de religión católica, sin embargo, su contrato laboral no se vio interrumpido, los beneficios de los que gozaba como docente fueron mantenidos, y comenzó a recibir una asignación salarial adicional por sus funciones directivas. Ahora bien, en este cargo la Sra. Pavez no pudo dictar clases de ningún contenido. Años después, logró su retiro jubilatorio en ese cargo directivo.

III. Los argumentos de la Corte

Es posible distinguir diversos argumentos relevantes de la Corte IDH. En lo que sigue, resaltaré principalmente dos: (a) la protección frente al trato discriminatorio y la orientación sexual; (b) el derecho a la educación, la libertad de religión y la educación religiosa.

1. *La protección frente al trato discriminatorio y la orientación sexual*

La Corte IDH continúa su línea de argumentación respecto a la prohibición de discriminación por orientación sexual como categoría protegida por la CADH y a la salvaguarda que ésta proporciona al derecho a la identidad sexual. Ya en el año 2012, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,¹¹ la Corte IDH reconoció que la orientación sexual es un motivo protegido por la CADH, alcanzado por el principio antidiscriminatorio (categorías sospechosas), por lo que condenó al Estado chileno por la discriminación hacia la Sra. Atala, ante el retiro de la tuición de sus tres hijas por haberse manifestado públicamente

¹⁰ *Supra* nota 4, párr. 26.

¹¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

como lesbiana y sostener una relación de pareja con una mujer. En este caso, la Corte IDH sostuvo que el Estado chileno no pudo acreditar un interés estatal imperioso (escrutinio estricto) sino que, por el contrario, se basó en prejuicios y estereotipos sobre el vínculo entre madre e hijas y la orientación sexual (estereotipos de género y estereotipos por orientación sexual).¹²

Luego, en el caso *Duque vs. Colombia* (2016),¹³ la Corte IDH condenó al Estado colombiano por la discriminación hacia Ángel Duque, al no permitirle el acceso igualitario a la pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja en 2001. El argumento era que se trataba de una unión entre dos personas del mismo sexo.¹⁴ Asimismo, en el caso *Flor Freire vs. Ecuador* (2016)¹⁵ se condena al Estado ecuatoriano por discriminación, ya que el señor Freire fue despedido del ejército por su conducta homosexual percibida.¹⁶ En ambos casos, la Corte IDH sostuvo que la orientación sexual de una persona es una categoría protegida por la CADH. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, ya sea de autoridades estatales o de particulares, puede reducir o restringir, en forma alguna, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual, real o percibida, ya que ello sería contrario a lo dispuesto por el artículo 1.1 de la CADH.¹⁷

¹² En especial, cons.110 y 111 de la sentencia. Sobre el impacto del caso en Chile véase Schönsteiner, Judith y Couso, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, núm. 2, 2015, pp. 315-355. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200011>

¹³ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de febrero de 2016.

¹⁴ Clérico, Laura, “Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH ¿Una historia de divergencias?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, núm. 47, 2019, pp. 1-34. Disponible en: <https://doi.org/10.22187/rfd2019n47a5>

¹⁵ Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2016.

¹⁶ En el caso el Sr. Freire negaba su homosexualidad. Al respecto, la Corte sostuvo que lo importante es investigar si el acto estatal estuvo vinculado a un acto discriminatorio basado en la orientación sexual (real o percibida).

¹⁷ Para mayor profundidad, véase Contesse, Jorge, “Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law”, *North Carolina Journal of International Law*, vol. 44, núm. 2, 2019, pp. 353- 386; Gauché Marchetti, Ximena, *Estándares internacionales sobre orientación sexual e identidad de género. Referencias al caso Atala*, Santiago de Chile, DER Ediciones, 2021.

Asimismo, la Corte IDH ha profundizado sobre el punto en la *Opinión Consultiva sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación respecto de parejas del mismo sexo* (OC-24/17),¹⁸ identificando diversas cuestiones relevantes. En este sentido, sostuvo que:¹⁹

La identidad de género es definida como la experiencia interna e individual del género tal como lo siente cada persona, que puede corresponder o no al sexo asignado al nacer. Esto incluye la experiencia personal del cuerpo, así como otras expresiones de género, como la vestimenta, el habla y los modales.

La categoría “orientación sexual” no se restringe a la homosexualidad en sí misma, sino que comprende también sus formas de expresión y las consecuencias lógicas en el proyecto de vida (cons. 87, 105). De esta manera, el pleno respeto de los derechos de determinados grupos o personas identificados por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, real o percibida, no puede considerarse un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos.

La orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, esto implica que cuando el Estado utiliza alguna de estas categorías para hacer distinciones, la Corte considera que existe una presunción de que el Estado ha actuado arbitrariamente (esto es, de que no se trata de una distinción objetiva y razonable).

La protección del derecho a la vida privada incluyendo la capacidad de desarrollar su propia personalidad y aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada abarca aspectos de la identidad social y física, incluido el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal, y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (cons. 87).

Asimismo, la Corte IDH confirmó nuevamente este argumento en el caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018, fondo, reparaciones y costas. Al respecto, véase Bórquez, Natalia y Clérico, Laura, “Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipos de la Corte IDH”, *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, núm. 26, 2021, pp. 1-28. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja>.

¹⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones Estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3o., 7o., 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, núm. 24.

¹⁹ Para mayor profundidad, véase Cons. 32, Glosario de la sentencia de referencia.

-La vida privada comprende la forma en que los individuos se ven a sí mismos y cómo deciden proyectarse hacia los demás y ésta es una condición esencial para el libre desarrollo de la personalidad (cons. 89).

Estos argumentos son, entonces, retomados por la Corte IDH en el caso *Pavez Pavez*, reafirmando que la orientación sexual es una categoría protegida (aplicando una conceptualización de igualdad como no discriminación arbitraria) y que la protección de la vida privada implica, también, el pleno desarrollo de la autonomía personal. Sin embargo, pese a estos desarrollos, entiendo, la Corte IDH no elabora una concepción de igualdad más robusta, igualdad como no sometimiento en su versión transformadora.²⁰ En otras palabras, no avanza en cuestionar las estructuras que dieron origen a esa discriminación por la orientación sexual. En este sentido, las sociedades modernas se han construido sobre la base del binarismo sexo-genérico y la escuela no ha escapado de esto. Además, determinadas religiones construyen su dogma en base a esta distinción. De esta manera, la enseñanza en general y más aún cuando incorpora la enseñanza de religión no es neutral en términos de género.²¹ Así, cuestionar las estructuras implica también preguntarse qué pasa dentro del sistema educativo, hasta donde la educación de una religión determinada se convierte en reproductora de las desigualdades.²² Esta pregunta sobre el impacto de la educación religiosa en las escuelas no está presente en el caso. Volveré sobre este punto más adelante al trabajar sobre la concepción de igualdad.

²⁰ Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación...*, op. cit.

²¹ Morgade, Graciela, *Toda educación es sexual: hacia una educación sexuada justa*, Buenos Aires, La Crujía, 2011.

²² En este sentido, Bourdieu y Passeron sostienen que la educación no solo reproduce desigualdades económicas, sino también, y, sobre todo, simbólicas. La educación cumple una clara función: contribuir a la reproducción de las desigualdades sociales, produciendo un *habitus* en las personas, es decir, un conjunto de predisposiciones, de esquemas de apreciación y de acción que orientan las prácticas de los agentes en su vida. Así, la educación no es “objetiva” ni “neutral”. Por el contrario, el sistema escolar ejerce una violencia simbólica, muchas veces de forma refinada, y por lo tanto difícil de comprender, pero que tiende a empobrecer y negar a toda otra cultura. Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean-Claude, *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, 2a. ed., trad. J. Melendres y Marina Subirats, Mexico, Fontamara, 1996, pp. 45 y ss.

2. *El derecho a la educación, la libertad de religión y la educación religiosa*

La Corte IDH, siguiendo su jurisprudencia, reconoce la importancia del derecho a la educación. En este sentido, ha sostenido que:

El derecho a la educación favorece la posibilidad de gozar de una vida digna. Así, en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*,²³ la Corte IDH se expidió sobre el derecho a la educación de los niños y las niñas en contextos de encierro. De esta manera, sostuvo que el derecho a la educación es fundamental para asegurar que la detención no destruya el plan de vida (autonomía) de los menores.²⁴

En un sentido similar, en el caso *niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*²⁵ referido al derecho a la nacionalidad de niñas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana. La Corte IDH encontró que la negativa del Estado de otorgar la nacionalidad a las niñas implicaba una discriminación no solo porque se trataba de una minoría étnica/nacional que quedaba excluida del goce de los derechos,²⁶ sino que fue más allá. Le exigió al Estado que garantice el acceso a la educación primaria y gratuita a todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen. Esta obligación se deriva de la especial protección que se les debe brindar a niñas, niños y adolescentes, como, asimismo, de la relevancia que tiene para este grupo poder gozar del derecho a la educación.

Agregó, posteriormente, en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*²⁷ que la educación contribuye a prevenir situaciones desfavorables para niños y niñas y para la sociedad en su conjunto. Así, entiende a la educación como *derecho*

²³ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

²⁴ *Ibidem*, párr. 161.

²⁵ Corte IDH, *Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de septiembre de 2005.

²⁶ La Corte reconoció que el derecho a la nacionalidad era la vía para el ejercicio del resto de los derechos y que negar a los niños/as el certificado de nacimiento significaba negarles su membresía a una comunidad política.

²⁷ Corte IDH, *Caso V. Gonzales Lluy vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10. de septiembre de 2015. Asimismo, lo reitera posteriormente en el caso Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de enero de 2020.

*llave*²⁸ al sostener que “el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”, y que “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos” (cons. 234). Por esto, los Estados tienen la obligación de adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos no solo en lo que refiere al acceso al sistema educativo, sino también en el curso del proceso educativo de niñas y niños.

Lo anterior, con el fin de evitar discriminaciones y generar mayor autonomía y una vida libre de violencias. En el caso *Gonzalez Lluy vs. Ecuador*, la Corte deja en claro que ciertas distinciones (como aquellas que tienen fundamento en la condición de ser una persona con VIH) requieren de un escrutinio estricto, esto es de razones imperiosas del Estado (párrs. 255 y 256, entre otros). En el caso, el Estado no pudo demostrar esas razones para justificar la exclusión de una niña con VIH del sistema educativo. Por su parte, en el caso *Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, la Corte reconoce que todos los niños y las niñas tienen derecho a la educación y que debe llevarse a cabo en contextos educativos seguros, por esto existe una obligación de los Estados de prevenir situaciones de violencia en los contextos educativos, siendo la educación sexual una herramienta potente a tales fines (Cons. 140 y ss). La importancia de la Educación sexual Integral es reforzada posteriormente también en el caso *Manuela vs. El Salvador*,²⁹ como herramienta que garantice mayor autonomía sexual y reproductiva (párr. 297).

De esta manera, es posible notar que existe un fuerte desarrollo de estándares por parte de la Corte IDH en lo que respecta a la importancia que desempeña el derecho a la educación, en especial en niños y niñas,³⁰ como asimismo de las obligaciones estatales respecto de ese derecho, que no se limitan a garantizar el acceso, sino también implican garantizar ciertos contenidos. Sin embargo, este rol relevante del derecho a la educación en su faz de derecho a aprender no es fortalecido por la Corte en el caso bajo análisis.

²⁸ Tomasevsky, Katerine, *El asalto a la educación*, Barcelona, OXFAM, 2004.

²⁹ Corte IDH, *Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de noviembre de 2021, Serie C, núm. 441.

³⁰ Por el contrario, ha sido escasa su producción en la interpretación del derecho a enseñar y derecho laboral. Al respecto véase: Corte IDH, *Caso Profesores de Chañaral y otras Municipalidades vs. Chile*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de noviembre de 2021.

Así, la Corte IDH pasa a analizar la convencionalidad del Decreto 924 a la luz del artículo 12 de la CADH sobre libertad de conciencia y religión,³¹ en particular, haciendo foco en el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones. Así, concluye que es válido el esquema de certificados para el ejercicio de la docencia en materia de religión establecido en el mencionado decreto, pues:

a) El contenido de esa norma no establece diferencias de trato entre distintos dogmas religiosos o disposiciones para impartir enseñanza sobre un credo religioso en particular. En esa medida, el Decreto trata por igual a todas las religiones;³²

b) La libertad religiosa, y en especial el derecho para los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, puede implicar, según el diseño normativo de cada Estado, que las autoridades religiosas tengan la posibilidad de seleccionar a las profesoras y a los profesores de religión que dicten clase sobre su doctrina. Esa habilitación podría materializarse a través de certificados de idoneidad como es el caso en Chile. En ese sentido, la vigencia del Decreto 924 no resulta *per se* contraria a la Convención;³³

c) Sin embargo, deben existir recursos idóneos (control posterior) ante autoridades administrativas o judiciales para evitar discriminaciones/ arbitrariedades como la que sucedió en el caso bajo análisis. En este sentido, la Corte identifica que el decreto realiza una delegación incondicionada de la facultad de otorgar certificados de idoneidad a personas para ejercer la docencia religiosa en establecimientos públicos sin que exista una vía clara para impugnar este tipo de decisiones.³⁴ Sostuvo así que en el orden interno no se ejerció el control de convencionalidad en forma adecuada (lo que implica una violación del art. 25 CADH).

De esta manera, se reconoce que existió un trato discriminatorio hacia la Sra. Pavez, basado en su orientación sexual, que tiene fundamento en una norma pública (que se entiende neutral), que fue la que le dio competencia a una institución religiosa determinada para retirar el certificado sin ningún tipo de revisión posterior. Así, se consideró responsable al Estado de Chile por la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la liber-

³¹ Sobre los estándares de la Corte IDH en la materia véase: Martín Quintero, Ruth, “El derecho a la libertad religiosa en los sistemas regionales de protección de derechos humanos de Europa y América”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 23, núm. 46, 2021, pp. 592- 612.

³² *Supra* nota 4, párr. 94.

³³ *Ibidem*, párr. 97.

³⁴ *Ibidem*, párr. 101.

tad personal, a la vida privada y al trabajo,³⁵ por el trato discriminatorio que sufrió la Sra. Pavez, basado en su orientación sexual, al haber sido separada de su cargo de profesora de religión católica, y al habersele asignado funciones distintas a las que tenía.

IV. Los argumentos ausentes: el derecho a la educación desde una mirada igualitaria

A mi entender, en este caso la Corte IDH pasa por alto el debate sobre la forma de armonizar el derecho a la educación, la libertad religiosa y el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos. En este sentido, es necesario tener presente que, como todo derecho, este último no es un derecho absoluto.³⁶ Por lo tanto, a) no justifica en ningún caso prácticas discriminatorias (tal como sostiene la Corte) y b) no necesariamente implica que la educación religiosa deba ser brindada en las escuelas. Sobre este punto quiero detenerme, puesto que entiendo que el caso bajo estudio constituye una oportunidad perdida.

Sobre la enseñanza de religión en las escuelas públicas, los tratados internacionales de derechos humanos se orientan hacia una idea de laicidad.³⁷ Ahora bien, sobre este término es posible distinguir tres fórmulas. Por un lado, *una de mínima*, que toleraría la enseñanza de una determinada religión en las escuelas siempre que se dé una opción de cursar alguna materia alternativa (por ejemplo, talleres de escritura, lectura, etc.) a quienes no la profesan.³⁸ Por otro lado, *una intermedia*, que permitiría la enseñanza de religión en forma neutral. En este parecen encajar las disposiciones de las Observaciones Generales 13 y 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

³⁵ También consideró responsable al Estado de la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial efectiva, al no adoptar recursos internos para dejar sin efecto la medida de revocación del certificado de idoneidad.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, el artículo 3o., inciso 4 del protocolo de San Salvador establece que este derecho existe siempre que la educación religiosa se adecue a los fines del derecho a la educación.

³⁷ Conforme lo sostiene el Peritaje del Prof. Rodrigo Uprimny Yepes en audiencia ante la Corte de fecha 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://summa.cejil.org/es/entity/8ct45gbx5se>.

³⁸ Como es el caso de Chile.

en cuanto establecen que se “permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión”.³⁹ En este sentido, el modelo seguido por Chile no se corresponde con esta noción, pues el problema que existe es que implica una preferencia a una(s) religión (es) determinada(s).

Por último, un criterio, *de máxima* implicaría que no existan las horas de religión (específica o neutral) en las escuelas públicas, ya sea como parte del currículum obligatorio o como optativa en contraturno.

Considero que este último criterio es el que mejor se ajusta a una concepción de educación robusta. Esto me lleva a establecer ciertas preguntas. La primera de tipo conceptual, vinculada a (a) ¿qué implica hablar de igualdad robusta? Las otras se vinculan con argumentos que estuvieron ausentes en el caso resuelto por la Corte IDH (b) *¿por qué es importante la enseñanza religión en la escuela?* y (c) *¿puede el Estado garantizar el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme su religión de otra manera?*

1. La igualdad robusta

Se ha sostenido reiteradamente que la cláusula de igualdad puede ser interpretada de dos maneras.⁴⁰ En primer lugar, como prohibición de trato discriminatorio injustificado, esto es lo que se conoce como igualdad como no discriminación arbitraria. En segundo lugar, como mandato de garantizar la igualdad real, esto es la concepción de igualdad como no sometimiento que indica que existen ciertos grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural y el Estado debe hacer algo para mejorar la posición de esos grupos. De esta manera, el mandato de igualdad y no discriminación implica que existe una obligación estatal que no solo no debe discriminar (igualdad como no discriminación), sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real.

³⁹ Observación General Núm. 13 Comité DESC Cons. 28.

⁴⁰ La Corte IDH ha avanzado mucho en la interpretación de las cláusulas de igualdad, pasando de una formulación de la igualdad formal a una igualdad material. Al respecto, véase: Serrano Guzmán, Silvia “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXV, Bogotá, 2019, pp. 369-407.

De esta manera, la igualdad como no sometimiento en su faz transformadora implica en muchos casos cambiar el diseño institucional para lograr la igualdad. Así, lo que se busca es poner fin al problema que produce la discriminación. Esta mirada implica desarmar (para cambiar) los procesos que generan las injusticias.⁴¹ Esta concepción más exigente de igualdad implica entonces no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares, sino que debe transformar todas las prácticas, instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad. Implica entonces una mirada hacia lo que viene del pasado (desarmar para que no vuelva a pasar) y otra hacia el futuro (transformar) y para eso los cambios deben ser profundos, radicales sobre las distintas instituciones —y sectores— existentes (familia, escuela, medios masivos, Estado, y demás instituciones sociales).

Una concepción de igualdad robusta-transformadora, lo que busca es romper con las desigualdades sistemáticas y para eso es *necesario erradicar las relaciones o situaciones que mantienen la situación de opresión*.⁴² Así, van mucho más allá sosteniendo que es obligación del Estado eliminar la dinámica social responsable de la perpetuación de las situaciones de dominación sobre ciertos grupos. Para esto, debe emprender todas las medidas necesarias para poner fin a los procesos sociales que continúan perpetuando las estructuras de castas.⁴³ De esta manera, no alcanza con sostener que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación, sino que se requiere además indagar por los procesos que generan, sostienen y robustecen esa discriminación. Este último argumento es el que está ausente en el caso. La Corte IDH no se pregunta por las razones de la discriminación, sino simplemente subsume un hecho (exclusión de la docente) ante una categoría determinada (orientación sexual), pero sin indagar sobre las razones que llevan a mantener estas acciones discriminatorias. Una concepción de igualdad robusta requería también lograr erradicar esas prácticas o, por lo menos, cuestionarlas. De esta manera, implicaba poner en dudas las estructuras que dan sustento a la discriminación. En el caso, esto es, cuestionar la enseñanza de religión en las escuelas.⁴⁴

⁴¹ Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.

⁴² Dubet, François, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

⁴³ Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2002.

⁴⁴ Por supuesto, que pueden existir otras causas que fundamenten la discriminación, sin em-

2. Sobre la (no) importancia de la educación religiosa en las escuelas

Respecto de esta pregunta sostengo que no son del todo claros los objetivos (esto es, las razones) de enseñanza de religión de las escuelas. Asumo aquí que lo que se busca garantizar con el derecho a la educación, tanto desde el derecho internacional de los derechos humanos como, asimismo, desde diversas teorías sobre educación,⁴⁵ es que todos los niños y niñas aprendan a convivir en democracia, garantizar el respecto a los derechos humanos y al pluralismo ideológico y la diversidad y principalmente la autonomía personal.⁴⁶ De esta manera, es posible afirmar que el cumplimiento del objetivo de la educación no requiere la enseñanza de religión.

Incluso se podría sostener que la enseñanza de religión en las escuelas es contraria a los objetivos de la educación. El ejercicio pleno y libre de los derechos (por ejemplo, libertad de cultos) requiere principalmente la formación plena (autonomía) de niños y niñas. Para esto educamos. Este objetivo de la educación no puede ser, en ningún caso, limitado por un derecho de los adultos. Incluso nos ocupamos de que la educación reúna ciertos requisitos, los niños y las niñas son evaluados, buscamos mantenerlos/as en el sistema educativo, incluso cada vez desde menos edad, entre otros. Sin embargo, pareciera que ese no es el rol que cumple la religión. En primer lugar, porque es optativa. En este sentido, si existieran razones morales fuertes para educar en religión la misma sería obligatoria. Además, en particular en Chile esto queda claro entre otras razones ya que es posible afirmar la menor relevancia que se la da a la educación religiosa. No solo es optativa, sino que además los

bargo, en el caso era claro que la exclusión de la docente se basó en que su orientación sexual no era acorde a los ideales de la moral cristiana.

⁴⁵ A lo largo de la historia se ha discutido arduamente respecto de cuál es el objetivo que ha tenido y tiene la educación formal básica. Existen distintas teorías que han tratado de explicar los objetivos de la escuela: 1) reproductoras no-críticas y reproductoras críticas; 2) emancipatorias; 3) la educación como derecho. Al respecto véase Ronconi, Liliana, *op. cit.*, 2018.

⁴⁶ En este mismo sentido puede ser leído el artículo 19.10 de la Constitución de Chile “La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Sobre la interpretación que se ha dado en Chile véase Quezada Rodríguez, Flavio, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 773-807. En la misma línea es necesario leer la Convención de los Derechos del Niño y asimismo los estándares desarrollados por la Corte IDH en la aplicación del artículo 19 de la CADH. Al respecto, véase: Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia No. 5: Niños, Niñas y Adolescentes, 2018.

contenidos brindados en las horas de religión no son evaluadas como el resto de las asignaturas (artículo 8o. del Decreto 924). Si la educación es relevante para la formación de la autonomía de la niñez y para eso nos comprometemos con una determinada forma de educar y comprobar esos conocimientos, ¿por qué esto no sucede con la religión?

Además, entiendo que el modelo de certificados impuestos no es neutral y esto, también, podría ser contrario a los fines de la educación. En este sentido, la afirmación respecto a que el Decreto 924 “no establece diferencias de trato entre distintos dogmas religiosos o disposiciones para impartir enseñanza sobre un credo religioso en particular (sino que) trata por igual a todas las religiones”⁴⁷ no considera el rol que ciertas religiones, en especial la religión católica, ha tenido en general en América Latina y, específicamente, en Chile. De esta manera, el modelo establecido (modelo de certificados) implica necesariamente darles prioridad a ciertas religiones por sobre otras. En primer lugar, a las formalmente constituidas con las que no lo están. En segundo lugar, implica priorizar la religión católica. En este país, es posible sostener que el modelo de separación Iglesia-Estado ha llevado a darle mayores privilegios a la Iglesia Católica.⁴⁸ De esta manera, entonces, la enseñanza de religión, tal y como ha sido planteada por el modelo de certificados, implica, principalmente, la negación de otras religiones, pues lleva, en la práctica, a que sólo se garantice la enseñanza de una determinada religión. Esto, además de atentar contra el objetivo de la educación, que es la enseñanza del pluralismo demuestra cómo normas aparentemente neutras producen, en contextos con una religión dominante, situaciones de discriminación indirecta. Este caso es uno de ellos.⁴⁹

⁴⁷ *Supra* nota 4, párr. 94.

⁴⁸ Precht Pizarro, Jorge, *op. cit.*

⁴⁹ En el mismo sentido, se han disparado pluralidad de críticas a la sentencia del TEDH, “Lautsi y otros c. Italia” (sentencia del 18 de Marzo de 2011) en la que los padres de alumnos/as de un centro docente público italiano cuestionaban era presencia de los crucifijos en las aulas. El TEDH negó que exista violación del principio de laicidad en ese caso pues entendió que el crucifijo colgado en la pared es un símbolo esencialmente pasivo, por lo que no se le podría atribuir una influencia sobre los alumnos comparable a un discurso didáctico o a las actividades religiosas. Por esto, concluyó que la existencia de estos elementos, si bien da al catolicismo una *visibilidad preponderante*, no implica adoctrinamiento y por lo tanto su existencia dentro de las escuelas cae dentro del “margen de apreciación del Estado”.

Además, el modelo chileno parece, además, prender una alarma que también podría ir en contra de los objetivos del derecho a la educación. Sostiene la Corte IDH que “la exigencia de certificación de idoneidad por parte de las autoridades religiosas y la posibilidad de que sean las autoridades religiosas quienes seleccionen a las personas que imparten esa educación religiosa, no serían prácticas que en sí mismas contrarias a la Convención Americana y al principio de igualdad y no discriminación”.⁵⁰ Nuevamente, esto debe ser interpretado en contexto. En países con fuerte influencia en el ámbito público de ciertas religiones (en este caso, de una única, la religión católica) conlleva a que esta norma tenga un impacto desproporcionado, priorizando una religión determinada.⁵¹ De esta manera, no existe una acción directa de generar este impacto pero podría ser el resultado en países con fuerte presencia de ciertas religiones. En este sentido, en el caso se observa que no se pidieron datos al Estado chileno para indagar sobre cuál es el estado de situación de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas chilenas, qué credos⁵² existen, cómo se distribuyen, cuál es preponderante en cada escuela, provincia o región, etc. De esta manera, es posible que exista una variedad de cultos autorizados a otorgar certificados para la docencia de religión, sin embargo, es necesario indagar y mostrar la forma en que impactan en la cotidianeidad.

Así, es verdad que el decreto parece sumamente abierto en el sentido de la diversidad de opciones religiosas que se deben ofrecer a las familias, pero condiciona las clases de religión a “que cuenten con el personal idóneo para ello y con programas de estudio aprobados por el Ministerio de Educación Pública”.⁵³

⁵⁰ *Supra* nota 4, párr. 96.

⁵¹ Esto puede verse también en la forma en que operan en los procesos de selección las iglesias católicas en el ámbito educativo privado. Madero Cabib, Cristobal y Madero Cabib, Ignacio, “Educación escolar católica en Chile ¿quién elige a quién? Un análisis de la elección de escuela y la selección de estudiantes en el sistema educativo chileno”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 17, núm. 55, 2012, pp. 1267-1295. Disponible en: <https://www.comie.org.mx/revista/v2018/rmie/index.php/nrmie/article/view/351/351>. Sobre el vínculo entre libertades religiosas y violencias véase: Informe Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias “Violencia y discriminación de género en nombre de la religión y las creencias”, A/HRC/43/48, 24 de marzo de 2020.

⁵² En especial me refiero a la educación pública, en la cual el rol del Estado ha sido identificado como *esencial*. Véase: Quezada Rodríguez, Flavio, *op. cit.* Distinta es la discusión de los privados garantizando el derecho a la educación. Dejo fuera de este comentario este punto.

⁵³ Decreto 924, artículo 4o.

Además, surge otra pregunta, ¿cómo el Estado, garante último del derecho a la educación, deja en mano de las instituciones religiosas la elección de sus docentes? En el único supuesto que el Estado habilita a privados a otorgar ese certificado es en el caso de religión. En este sentido, no debe olvidarse que, la educación “es una trinchera de acción estratégica porque es ahí, como en ningún otro espacio de la vida social, donde es posible transmitir en igualdad de condiciones el uso libre de la razón crítica”.⁵⁴ De esta manera, el espacio es central para garantizar el pleno desarrollo de la finalidad del derecho a la educación y el Estado no puede dejarlo en manos de los particulares.

Esto pone en dudas su rol como Estado-docente, esto es, como el principal órgano que otorga validez a los títulos de las personas que quieran ser docentes, ¿por qué ese trato particular con la religión? Esto no sucede respecto de otros profesores o profesoras. Si solo se atendiera a los títulos avalados por el Estado, a la señora Pavez le sobaban méritos para ser profesora de religión, ya que poseía diversos títulos universitarios.

3. ¿Hay alternativas para las familias?

Sacar la religión de las escuelas

Respecto a la otra pregunta, la respuesta es clara. Hablar del derecho de los padres/madres de elegir la educación de sus hijos/hijas no es un correlato de una obligación estatal de garantizar enseñanza religiosa en las escuelas. Entiendo que la libertad religiosa no implica, *per se*, que sea en el ámbito educativo (educación formal) donde deba garantizarse el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. De esta manera, el Estado sin duda debe garantizar la libertad religiosa y que las personas sean educadas en la religión que deseen, pero esto no necesariamente debe pasar en las escuelas. Por el contrario, el Estado podría garantizarlo permitiendo la apertura de establecimientos religiosos, en su caso sosteniendo alguno de ellos y que sea en estos espacios donde cada familia decida mandar a sus hijos/as a formarse en “religión”. El resto de la educación será recibida en las escuelas. Esto no es contrario al derecho de los padres y las madres de elegir la educación de sus hijos e hijas, sino que tan solo impide que se use la escuela como forma de repro-

⁵⁴ Salazar Ugarte, Pedro, “La laicidad: antídoto contra la discriminación”, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación 2007. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/La%20laicidad_antidoto%20contra%20la%20discriminacion_Pedro%20Salazar.pdf.

ducción de una determinada religión, en términos de Bourdieu y Passeron. Los/las padres/madres pueden educar a sus hijos/as en la religión que quieran (con los límites propios de la autonomía e integridad de niños y niñas), pero eso no tiene por qué favorecerlo el Estado dictando clases de religión o tolerando prácticas religiosas en las escuelas.

V. Conclusiones

El análisis de este caso me permite reflexionar respecto de dos cuestiones. En primer lugar, sobre la falta de consolidación de una concepción de igualdad robusta en la Corte IDH. En este sentido, es clara la Corte al reafirmar que la discriminación por la orientación sexual es una categoría prohibida. Los argumentos aquí brindados son contundentes. Asimismo, el caso es interesante en cuanto reconoce que el Estado debe respetar la autonomía de creencia religiosa y la forma en que las instituciones se auto-regulan, pero que esto en ningún caso puede admitir prácticas discriminatorias contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Ahora bien, para garantizar el principio de igualdad no alcanza sólo con evitar tratos discriminatorios injustificados sino que es necesario repensar las prácticas que llevaron a esa situación. Sin duda, la situación se verifica al establecer un modelo de certificados que, como sostuve, se aleja del modelo de laicidad. Este modelo no fue puesto en duda.

Por otro lado, en lo que hace a la consolidación de estándares en materia de derecho a la educación esta fue una oportunidad perdida. Al definir el contenido del derecho a la educación, entiendo, que la argumentación es deficiente al argumentar sobre las razones de porqué se debe garantizar educación religiosa en las escuelas públicas. La Corte no da razones para determinar, desde una que tome en cuenta a los niños y niñas como sujetos de derechos, el impacto que la enseñanza de religión tiene en ciertos contextos. Los argumentos de igualdad, autonomía de niños y niñas, y derecho a la educación, parecen indicar que el derecho a la libertad religiosa y el derecho a los padres de elegir la educación de sus hijos puede ser garantizado por fuera de las escuelas.

VI. Bibliografía

- BÓRQUEZ, Natalia y CLÉRICO, Laura, “Una vuelta de tuerca al análisis de estereotipos de la Corte IDH”, *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, núm. 26, 2021, pp. 1-28. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja>
- BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean-Claude, *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, 2a. ed., trad. de J. Melendres y Marina Subirats, Mexico, Fontamara, 1996.
- CLÉRICO, Laura, “Discriminación por orientación sexual y derechos de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH ¿Una historia de divergencias?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, núm. 47, 2019, pp. 1-34. Disponible en: <https://doi.org/10.22187/rfd2019n47a5>
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 141-179.
- CODDOU, Alberto, “The Constitutional History of Equality and Non-Discrimination in Chile”, en COLLIN, Peter y BASTIAS, Manuel (eds.), *Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective*, Frankfurt am Main, Max-Planck-Institute for European Legal History (en prensa).
- CONTESSÉ, Jorge, “Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law”, *North Carolina Journal of International Law*, vol. 44, núm. 2, 2019, pp. 353-386.
- Comité DESC, *Observación General No. 13: El derecho a la educación* (artículo 13).
- Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de marzo de 2018.
- Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia No. 5: Niños, niñas y adolescentes*, 2018.
- Corte IDH, *Caso profesores de Chañaral y otras municipalidades vs. Chile*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de noviembre de 2021.

- Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de septiembre de 2004.
- Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015.
- Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de enero de 2020.
- Corte IDH, *Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de febrero de 2016.
- Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2016.
- Corte IDH, *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de noviembre de 2021.
- Corte IDH, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de febrero de 2022.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-24/17 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 24 de noviembre de 2017, Serie A, No. 24.
- DUBET, François, *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2002.
- FRASER, Nancy, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena, *Estándares internacionales sobre orientación sexual e identidad de género. Referencias al caso Atala*, Santiago de Chile, DER Ediciones, 2021.

- Organización de las Naciones Unidas, *Informe Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias “Violencia y discriminación de género en nombre de la religión y las creencias”*, A/HRC/43/48, del 24 de marzo de 2020.
- MADERO CABIB, Cristobal y MADERO CABIB, Ignacio, “Educación escolar católica en Chile ¿quién elige a quién? Un análisis de la elección de escuela y la selección de estudiantes en el sistema educativo chileno”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 17, núm. 55, 2012, pp. 1267-1295. Disponible en: <https://www.comie.org.mx/revista/v2018/rmie/index.php/nrmie/article/view/351/351>
- MARTINÓN QUINTERO, Ruth, “El derecho a la libertad religiosa en los sistemas regionales de protección de derechos humanos de Europa y América”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 23, núm. 46, 2021, pp. 592- 612.
- MORGADE, Graciela, *Toda educación es sexual: hacia una educación sexuada justa*, 1a. ed., Buenos Aires, La Crujía, 2011.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, “La laicidad del Estado en cuatro constituciones latinoamericanas”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 697-716.
- QUEZADA RODRIGUEZ, Flavio, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 773-807.
- RONCONI, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- RONCONI, Liliana, “Derechos a la educación: bases para su tutela judicial”, en COURTIS, Christian (coord.), *Manual sobre protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, 1a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 63-106.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “La laicidad: antídoto contra la discriminación”, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/La%20laicidad_antidoto%20contra%20la%20discriminacion_Pedro%20Salazar.pdf
- SCHÖNSTEINER, Judith y COUSO, Javier, “La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Nor-*

te, vol. 22, núm. 2, 2015, pp. 315-355. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200011>

SERRANO GUZMÁN, Silvia, “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, 2019, pp. 369-407.

TEDH, *Caso Lautsi y otros vs. Italia*”, sentencia del 18 de marzo de 2011.

Tomasevsky, Katerine, *El asalto a la educación*, Barcelona, OXFAM, 2004.


Uprimny Yepes, Rodrigo, Peritaje en audiencia ante la Corte de fecha 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://summa.cejil.org/es/entity/8ct45gbx5se>

La historia sin fin del proceso de reingeniería de la Comunidad Andina: análisis de algunas propuestas de reforma¹

The Endless History on the Reform to the Andean Community: Study of Some of its Proposals of Reform


L'histoire sans fin de la réforme de la Communauté Andine: L'étude de quelque proposition de réforme

María Ángela Sasaki Otani

 <https://orcid.org/0000-0002-1630-5242>

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Perú
Correo electrónico: sasaki.ma@pucp.edu.pe

Jorge Manrique de Lara Seminario

 <https://orcid.org/0000-0001-8294-1784>

Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú
Correo electrónico: jmanriquedelara@pucp.edu.pe

Recepción: 10 de mayo de 2023

Aceptación: 13 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18162>

Resumen: En el presente artículo se analiza el proceso de reingeniería de la Comunidad Andina, incluyendo las consultorías formuladas por la CEPAL y la Fundación Getulio Vargas. Se examina el papel de Colombia durante su Presidencia Pro Tempore y se explican las implicancias de la tercera consultoría internacional en dicho proceso. En particular, se detallan algunas de las propuestas presentadas por el Tribunal Andino para la reforma del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, tales como: el fortalecimiento de la función arbitral, el cobro de derechos de trámite por los servicios judiciales brindados y la constitución de un fideicomiso.

¹ Este artículo fue elaborado con el apoyo y en el marco de la “Cátedra OMC Perú” de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asimismo, recibió el financiamiento del “Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica” (CICAJ) de la PUCP para su elaboración.

Palabras claves: Comunidad andina, reforma del sistema de solución de controversias, arbitraje, derechos de trámite por servicios judiciales.

Abstract: This article studies the reform process of the Andean Community. For this purpose, this article covers the consultancy made by CEPAL and Getulio Vargas Foundation. This paper analyses the role of Colombia during its leading as the Pro Tempore country, and the effects of the third international consultancy. In addition, this article explains some of the proposals submitted by the Andean Tribunal for the reform of the dispute settlement system of the Andean Community such as: arbitration, judicial fees and the setting-up of a trust.

Keywords: Andean Community, reform of the dispute settlement system, arbitration, court fees.

Résumé: Dans l'article présent, on analyse le processus de réingénierie de la Communauté andine, y compris les consultations formulées par la CEPAL et la Fondation Getulio Vargas. On examine le rôle de la Colombie pendant sa Présidence Pro Tempore et on explique les implications de la troisième consultation internationale dans ce processus. En particulier, on détaille certaines des propositions présentées par le Tribunal andin pour la réforme du système de règlement des différends de la Communauté andine, telles que le renforcement de la fonction arbitrale, la perception de droits de procédure pour les services judiciaires et la constitution d'une fiducie.

Mots-clés: Communauté andine, réforme du système de règlement des différends, arbitrage, perception de droits de procédure pour les services judiciaires.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Antecedentes de la reingeniería de la Comunidad Andina.* III. *¿A qué apuntaron las consultorías de la CEPAL y la Fundación Getulio Vargas en el año 2013?* IV. *El proceso de reingeniería a través de las Presidencias Pro Tempore: el caso colombiano.* V. *La continuación de la historia sin fin: por una tercera consultoría internacional.* VI. *Rescatando algunas propuestas del Tribunal Andino.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar los desafíos inherentes al proceso de reforma, modernización y reingeniería de la Comunidad Andina (CAN). Se abre un debate crítico sobre el futuro del Parlamento Andino, particularmente en lo que respecta a su posición dentro del Sistema Andino de Integración (SAI) y su posible exclusión. Paralelamente, se examina el alcance y las limitaciones del Sistema de Solución de Controversias de la CAN, abarcando no solo las competencias del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Andina (TJCA) sino también el rol de la Secretaría General. En particular, el Mecanismo de Solución de Controversias del SAI es un pilar esencial para la integración andina. No obstante, la acumulación de procesos en el TJCA ha puesto de manifiesto la urgencia de explorar reformas estructurales que incrementen su eficacia operativa.

La investigación se concentra en desglosar las diversas fases que ha atravesado el proceso de reingeniería de la CAN, dando especial relevancia a las propuestas de mejora sugeridas por el propio TJCA. Se busca arrojar luz sobre las iniciativas para actualizar el Mecanismo de Solución de Controversias y su impacto esperado en el fortalecimiento del sistema de integración regional. La hipótesis de este estudio es que la implementación efectiva de las propuestas de reforma será decisiva para revitalizar la integración regional andina y mejorar su operatividad jurídica y política. Sin embargo, las modificaciones sustanciales, como el fortalecimiento de la función arbitral y el cobro de derechos de trámite por los servicios judiciales brindados, presentan desafíos jurídicos y prácticos que podrían limitar su viabilidad si no se manejan con un consenso amplio y tomando en consideración las estructuras existentes del derecho comunitario andino.

En suma, la tesis central del artículo sostiene que la reingeniería de la CAN es un proceso complejo y multifacético que requiere no solo consultas internacionales y propuestas de reforma basadas en análisis técnicos, sino también un enfoque holístico que incluya la participación de todos los órganos de la CAN y un diálogo constructivo con los Estados miembros. Este proceso debe apuntar a fortalecer la cohesión regional y la eficiencia institucional, garantizando a la vez la accesibilidad y la transparencia del sistema jurídico andino. A través de reformas cuidadosamente calibradas y consideradas, la CAN puede superar los obstáculos actuales y lograr un mecanismo de integración más dinámico y resiliente, que responda mejor a los desafíos contemporáneos de la región andina.

II. Antecedentes de la reingeniería de la Comunidad Andina

La Declaración de Bogotá del Consejo Presidencial Andino (2011) constituye el punto de partida del proceso de reingeniería de la CAN con el objetivo de adaptarla a los retos del actual contexto internacional. Mediante la Decisión 773 de 30 de julio de 2012 se contrataron a dos consultorías internacionales

para evaluar el proceso de reingeniería del Sistema Andino de Integración (SAI): la primera fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, y la segunda fue la Fundación Getulio Vargas (FGV) de Brasil. En este contexto, también se estableció un Comité Coordinador del Proceso de Reingeniería del SAI con la finalidad de apoyar, supervisar y monitorear los trabajos que realizarán la CEPAL y la FGV. El 15 de junio de 2013 concluyeron ambas consultorías y fueron presentadas durante la XXXVI Reunión Ampliada del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), junto con los representantes titulares ante la Comisión de la CAN.¹

Tras la presentación de ambas consultorías, mediante la Decisión 791 de 15 de junio de 2013, se decidió: “Conformar un Grupo de Trabajo [...] para que en un plazo de 30 días presenten al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión ampliada con los representantes titulares ante la Comisión, un documento final que contenga una propuesta sobre la nueva visión, los lineamientos estratégicos y la priorización de los ámbitos de acción de la Comunidad Andina, bajo la coordinación de la Secretaría General de la Comunidad Andina”. Por medio de la Decisión 792 de 19 de septiembre de 2013 se decidió conformar un Grupo de Alto Nivel con la finalidad de revisar el marco institucional, el acervo jurídico comunitario y el sistema de solución de controversias de la CAN, así como plantear las reformas necesarias para la implementación de la nueva visión, lineamientos estratégicos y priorización de ámbitos de acción. En suma, los países andinos decidieron:

- La revisión del SAI para adaptarlo a las nuevas realidades y a los desafíos del contexto internacional.
- El avance de las labores de priorización de los campos de acción e implementación de los lineamientos.
- El inicio de la preparación de un protocolo que ayude a la salida del Parlamento Andino del SAI, documento tras cuya suscripción pueda ser materia de aprobación de los poderes legislativos de los países integrantes.

¹ Comunidad Andina, *Ministros RREE y Comercio de la CAN analizarán en Lima el proceso de fortalecimiento de la integración andina*, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/tag/consejo-andino-de-ministros-de-relaciones-exteriores>

- La evaluación con mayor precisión y rigor del vínculo de la CAN con tres importantes entidades que ella misma creó, a saber: la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) y el Organismo Andino de Salud (ORAS-CONHU).
- La supresión de los Comités y Grupos Ad Hoc que no se relacionen directamente con los lineamientos y campos de acción priorizados.
- La recomendación a la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) de ampliar sus actividades a todos los países integrantes, y que presente un estudio sobre mecanismos concretos que conduzcan al robustecimiento de la institución educativa comunitaria y su eficaz relación con los demás órganos del sistema.
- La coordinación de acercamientos con los actores regionales de los procesos de integración, que busque la articulación, complementación y convergencia de acciones en el marco de la CAN, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).
- El encargo a la Secretaría General, al Tribunal de Justicia y a la UASB, la adecuación, modernización y el empleo eficiente de sus recursos que eviten la fragmentación, para sacar adelante una CAN más transparente, racionalizada, proactiva, organizada, eficiente y cada vez más útil a nuestros pueblos. En este sentido, la Secretaría General deberá considerar la mejora de su estructura mediante su simplificación y tecnificación.

Mediante la Decisión 797 de 14 de octubre de 2014, se decidió aprobar la relación de Comités y Grupos *ad hoc* de la Comunidad Andina “que están relacionados de forma directa con los lineamientos y ámbitos de acción priorizados en el marco de la Decisión 782 sobre la implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración y que figuran en el Anexo que forma parte de la presente Decisión”.

El mismo 14 de octubre de 2014, mediante Resolución 1733, fue aprobada la nueva estructura orgánico-funcional de la Secretaría General. De esta manera, se establecieron las funciones del Secretario General de la CAN y de los Directores Generales; así como el personal con quienes podrán contar cada uno de estos órganos. Asimismo, se estableció que el funcionamiento de la Secretaría General tendrá que ceñirse al presupuesto asignado y cuidar los principios de racionalidad, celeridad, eficiencia, transparencia, modernización y uso eficaz de recursos, en el contexto del ordenamiento jurídico

andino, y tratará de que conserve una distribución geográfica subregional equilibrada en las nacionalidades del personal.

III. ¿A qué apuntaron las consultorías de la CEPAL y la Fundación Getulio Vargas en el año 2013?

Por un lado, la CEPAL valoró como una oportunidad histórica la decisión de emprender la reingeniería andina, ya que ello sitúa a la CAN en una posición pionera entre los distintos esquemas de integración latinoamericanos. Se trata no solo de mejorar el funcionamiento interno de la CAN actual, por medio de reformas institucionales y de un mayor enfoque temático, sino también de bosquejar una nueva CAN que, vigorizada, pueda integrarse con mejores expectativas en un futuro proceso de convergencia sudamericana.² En el plano económico-comercial, la CEPAL apuntó a poner la reingeniería andina en sintonía con:³

- i) Un replanteamiento estratégico en la configuración de alianzas, que favorezca un vínculo Sur-Sur más estrecho y una aproximación regional con China y el Asia Pacífico.
- ii) Un mayor estímulo a las cadenas de valor andinas, con el potenciamiento de la presencia en ellas de las MiPymes.
- iii) Un fortalecimiento de las posturas regionales *vis à vis* las mega negociaciones comerciales en curso.
- iv) Un enfoque pragmático y realista que estimule los procesos de convergencia de los diferentes modelos de integración en América del Sur.

En suma, la CEPAL propuso definir un grupo reducido de iniciativas y adecuar el marco institucional a ellas, a fin de impulsar el proyecto andino de integración. Por otro lado, la Fundación Getulio Vargas (FGV) presentó las siguientes propuestas de reingeniería de la Comunidad Andina:⁴

² CEPAL, *Ejes temáticos prioritarios para la reingeniería del Sistema Andino de Integración: propuestas de la CEPAL*, 2013, p. 43.

³ *Idem*.

⁴ FGV, *Proyecto de Reingeniería de la CAN*, 2013, pp. 75-90.

- i) Restablecer las conexiones entre los órganos e instituciones del SAI y aumentar su eficacia.
- ii) Asegurar transiciones más eficientes entre cada Presidencia Pro Témporte y evitar pérdidas de continuidad en esfuerzos de más largo plazo. Por ejemplo, los funcionarios pueden pasar a residir temporalmente en el otro país o realizar una estancia en la Cancillería del otro país miembro.
- iii) Aceptar formalmente la “doble pertenencia” CAN-MERCOSUR, tomando en cuenta lo siguiente: *i)* únicamente los Estados que sean, a la fecha, miembros plenos de uno de estos dos bloques de integración tienen derecho a la doble pertenencia; *ii)* en el supuesto de un conflicto de normas, se aplicará de manera preferente la normativa del bloque de integración de origen, y *iii)* se considera la doble pertenencia como un estatuto transitorio.
- iv) Solicitar el apoyo de la UNASUR para iniciativas conjuntas respecto de la integración energética, de infraestructura, y en el área de la salud, invocando a la misma un mayor empeño en la armonización de los esfuerzos subregionales y suramericanos, sin olvidar el acercamiento (constructivo) de estas iniciativas.
- v) Invitar a Chile a participar en las iniciativas de la CAN, con el fin de profundizar su asociación, abriendo un diálogo más cercano, con miras a acelerar el proceso de convergencia entre los organismos de integración y la unión de los países suramericanos.
- vi) Realizar consultas públicas a la sociedad civil, utilizando desde los medios modernos de tecnología de información hasta la agregación de opiniones obtenidas por los Consejos y las Mesas, así como encuestas selectivas formuladas directamente a la población (mayor participación ciudadana).

IV. El proceso de reingeniería a través de las Presidencias Pro Témporte: el caso colombiano

Como resultado de la reingeniería de la CAN, que empezó por orden del Consejo Presidencial Andino en noviembre de 2011, y cuyos lineamientos se adoptaron mediante la Decisión 782 del año 2013, fue definida la nueva visión de la integración subregional como un proceso que aporte de manera decisiva a la integración y que permita un relacionamiento fructífero con

otros espacios económicos a nivel de la región y del mundo, a partir de un enfoque pragmático que priorice determinados ámbitos de acción.

En el presente caso, se analizaron los resultados de las distintas Presidencias Pro Témpace (PPT). Sin embargo, llama la atención el caso de la PPT de Colombia (2016-2017), ya que con la colaboración de los órganos del SAI y de los países miembros, se consiguió un avance en la gestión de la reingeniería en los siguientes aspectos.⁵

1. La preparación de un protocolo que facilite la salida del Parlamento Andino del Sistema Andino de Integración

La Decisión 792 dio inicio al proceso para la salida del Parlamento Andino del SAI. La Secretaría General de la CAN (SGCA) analizó la naturaleza del acto jurídico requerido para dar fin al Tratado Constitutivo, y sobre las implicancias jurídicas del retiro del Parlamento Andino del SAI. En consecuencia, la PPT Colombia y la SGCA conjuntamente elaboraron y remitieron a los países miembros un nuevo proyecto de instrumento titulado “Acta de Terminación del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino”, que presenta los siguientes elementos principales:⁶

- i) La fecha propuesta para el término del Tratado Constitutivo era el 19 de mayo de 2021, que atendía a las sensibilidades políticas de aquellos países miembros cuyos parlamentarios andinos fueron elegidos por voto directo y tenían mandato hasta ese mismo año.
- ii) La conformación de una Comisión Liquidadora del Parlamento Andino. La liquidación concluirá al menos un año antes de la fecha de término del Tratado Constitutivo. Finalizado este proceso, se suscribirá el “Acta de Terminación del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino”.

La idea de la salida del Parlamento Andino del SAI se debió a la eventual confluencia de la CAN y el MERCOSUR en la UNASUR. De esta manera, se buscaba adecuar a la Comunidad Andina a los retos del actual contexto inter-

⁵ CAN, *Informe de Gestión Presidencia Pro Témpace de Colombia Comunidad Andina 2016-2017*, 2017, p. 7.

⁶ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

nacional.⁷ Además, se pretendía evitar la duplicación de esfuerzos y promover la eficiencia en el empleo de los recursos previstos para los mecanismos de integración que los países andinos integran.

Sin embargo, actualmente la UNASUR cuenta solo con cuatro miembros activos: Bolivia, Guayana, Surinam y Venezuela. En abril de 2018, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú decidieron la suspensión indefinida de su participación en el organismo por causa de la falta de “resultados concretos que garanticen el funcionamiento adecuado de la organización”.⁸ Desde ese momento, diversos países comunicaron su salida definitiva: Colombia (2018); Ecuador, Argentina, Brasil, Chile y Paraguay (2019), y Uruguay (2020).

En el 2019, con el objetivo de sustituir a la UNASUR, los presidentes de ocho países de América del Sur crearon el “Foro para el Progreso de América del Sur” (PROSUR). Por lo tanto, hoy por hoy, los únicos integrantes de la UNASUR son Bolivia, Guayana, Surinam y Venezuela, a la par que el Perú mantiene suspendida su participación.

Tomando en consideración los elevados costos que para Colombia significa el funcionamiento de la sede del Parlamento Andino y la decisión sobre la salida del Parlamento del SAI, la PPT colombiana recomendó que los países andinos agilicen las negociaciones del instrumento para la terminación del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.

2. El uso eficaz de los recursos

La Decisión 792 fija este mandato con el objetivo de “evitar la dispersión de recursos y sacar adelante una CAN más transparente, racionalizada, proactiva, organizada, eficiente”, y cada vez más beneficiosa y fructífera para nuestros pueblos.⁹

El empleo eficiente de los recursos por parte de la SGCA y del TJCA fue abordado en las reuniones de la Comisión de la CAN de los días 11 de marzo,

⁷ Pareja, Francisco, *Integración andina y convergencia suramericana*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013, p. 2.

⁸ CNN. *¿El principio del fin de Unasur? 6 países suspenden su participación*, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/04/21/el-principio-del-fin-de-unasur-6-paises-suspenden-su-participacion/>

⁹ CAN, *Informe de Gestión Presidencia Pro Tempore de Colombia Comunidad Andina 2016-2017*, 2017, p. 10.

12 de abril y 10 de mayo de 2016, en el periodo en el cual Colombia tuvo a su cargo la PPT de la CAN. Como resultado de estas reuniones fueron adoptadas las Decisiones 809 y 810, con las cuales se aprobaron los presupuestos de la SGCA y del TJCA.¹⁰

Al efecto, se revisó minuciosamente el manejo presupuestal de ambos órganos. Este trabajo permitió identificar la necesidad de la implantación de procedimientos técnicos para la selección de personal, el ajuste del equilibrio en el personal, la mejora de los recursos tecnológicos, la agilización de trámites y la disminución de costos, y el empleo eficiente de los recursos, de modo que se eviten desembolsos innecesarios o no relacionados con las labores de ambos órganos comunitarios.

3. La revisión del Sistema de Solución de Controversias de la CAN

Durante la PPT de Colombia, el Grupo de Alto Nivel (GAN) creó el Grupo Ad Hoc de solución de controversias, que llevó a cabo un total de cinco (5) reuniones, dos (2) de las cuales se realizaron conjuntamente con el TJCA,¹¹ como veremos más adelante. Como se puede advertir, la PPT de Colombia concluyó en el 2017, mientras que las últimas PPT han pertenecido a Ecuador, al Perú y, actualmente, a Bolivia. De todas ellas, cabe destacar que la PPT del Perú (2022-2023) presentó un Plan de Trabajo consistente en lo siguiente:

1. Realización del Encuentro Empresarial Andino (presencial).
2. Promoción del comercio intrarregional, a través del impulso a las Pymes (foros y talleres de capacitación).
3. Ejecución del Proyecto “INTERCOM”.
4. Presentación de una propuesta del marco normativo para el comercio electrónico.
5. Ejecución de la Hoja de Ruta de la Agenda Digital Andina.
6. Ejecución del proyecto “Caminos Andinos”.
7. Ejecución de la Agenda Agropecuaria Andina.
8. Revisión del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina.
9. Modernización de la normativa andina de propiedad intelectual.
10. Modernización de la normativa andina para la facilitación del comercio (en materia aduanera y de transporte).

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p. 12.

11. Medidas para mejorar las condiciones sanitarias y fitosanitarias y evitar la entrada de plagas o enfermedades.

12. Reactivación del Consejo Empresarial Andino.

V. La continuación de la historia sin fin: por una tercera consultoría internacional

Mediante la Decisión 843 se creó el Grupo de Alto Nivel (GAN) para tratar la situación del TJCA. En atención a la solicitud de dicho grupo, el 26 de octubre de 2020, la SGCA suscribió un contrato de consultoría con el consorcio conformado por Percápita S.A., TGS-Ecuador Cía. Ltda., y Jorge Antonio Quindimil López (en adelante, el Consorcio). Dicha consultoría tuvo por objeto “efectuar un análisis financiero, administrativo y jurídico de la situación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y propuesta de posibles medidas correctivas”, y un plazo de 90 días para presentar un Informe Final que contenga un diagnóstico y alternativas de solución a la situación del TJCA.¹² La “Consultoría para efectuar un Análisis Financiero, Administrativo y Jurídico de la Situación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y Propuestas de Posibles Medidas Correctivas” concluyó, entre otras cosas, lo siguiente:

PF.2. Las contribuciones de los Países Miembros al presupuesto son la principal fuente de financiamiento del TJCA. *Los retrasos en los pagos de las contribuciones de los Países Miembros afectan el flujo necesario para el funcionamiento del TJCA.* Se precisa de un mecanismo que asegure los recursos necesarios y oportunos para el TJCA.

[596] [...] *el presupuesto “aprobado” es objetivamente inadecuado e insuficiente, por no responder a las necesidades reales del Tribunal.*

[597] El equipo consultor considera que *el presupuesto del TJCA, igual que el de cualquier institución pública o privada, debe responder a sus necesidades reales.* Es decir, el presupuesto debe adecuarse a las necesidades de la institución y no debe ser la institución la que se adecúe a un presupuesto predeterminado.¹³ (énfasis añadido).

Por su lado, el Tribunal presentó varias propuestas como el “Proyecto de Decisión de reforma al Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad An-

¹² TJCA, Informe de labores. Período del 15/01/2021 al 16/01/2022, 2022, p. 90.

¹³ TJCA, Informe de Presidencia del TJCA (2021-2022), disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/informes/informes_presidencia/.

dina” que consideró diversas reformas destacadas con el fin de atender mejor a los usuarios del sistema de solución de controversias y conseguir recursos propios para el Tribunal,¹⁴ como veremos a continuación.

VI. Rescatando algunas propuestas del Tribunal Andino

Mediante Oficio No. 214-P-TJCA-2021 de 2 de agosto de 2021, el TJCA hizo referencia a varias propuestas que, durante varios años, ha presentado a las autoridades comunitarias.¹⁵ Éstas incluyen la implementación de la figura del precedente de observancia obligatoria, la instauración de un arancel judicial, el fortalecimiento de la función arbitral y, adicionalmente, planteó la creación de un fideicomiso para establecer un fondo financiero. Este fondo, mediante sus rendimientos, por un lado, eximiría a los países miembros de su obligación de contribuir al presupuesto del Tribunal, y por otro, aseguraría la sostenibilidad económica del TJCA. Desafortunadamente, hasta la fecha, el mencionado oficio no ha sido atendido por los países andinos.¹⁶

Debido a esto vale la pena rescatar y socializar dichas propuestas, para contribuir con su discusión y análisis, así como para impulsar nuevos desarrollos doctrinales que confieran un mayor progreso en el proceso de integración andino en general. En efecto, la propuesta normativa del TJCA fija cómo perfeccionar sus competencias jurisdiccionales por medio de:

- a) La inclusión de la figura del precedente de observancia obligatoria.
- b) El fortalecimiento de la función arbitral.
- c) La percepción de derechos de trámite por los servicios judiciales prestados.
- d) La constitución de un fideicomiso.

¹⁴ TJCA, Oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, pp. 3-6.

¹⁵ Véase también el oficio 232-P-TJCA-2021 de 6 de septiembre de 2021, disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/correspondencias/correspondencia-emitida/oficios_2021/

¹⁶ Véanse los oficios enviados por el TJCA: 24, 38, 69, 72 y 83 del 2019; 32, 36, 40, 42, 44, 54 del 2020; y, 4 y 232 del 2021. Asimismo, veáanse el Informe de Presidencia 2020-2021 y el Informe de Presidencia 2021-2022. Estos oficios e informes que contienen las propuestas del TJCA se encuentran disponibles en: <https://www.tribunalandino.org.ec>

A efectos del presente artículo, de las cuatro propuestas del TJCA, nos enfocaremos en esta oportunidad en el fortalecimiento de la función arbitral; la percepción de derechos de trámite por los servicios judiciales prestados, y la constitución de un fideicomiso, como veremos a continuación.

1. *El fortalecimiento de la función arbitral*

La segunda propuesta consiste en la competencia del TJCA para resolver controversias mediante arbitraje, según está estipulado en el artículo 38 de su Tratado de Creación. Sin embargo, esta función no ha sido normada porque el CAMRE nunca emitió la Decisión que corresponde y, por esta razón, las demandas arbitrales hasta ahora no han logrado recibir atención por parte del TJCA.¹⁷

Al respecto, cabe recordar que el recurso por omisión o por inactividad podría compeler al CAMRE para que rectifique la situación de incumplimiento de una actividad a la que estuviere obligado manifiestamente según el ordenamiento jurídico andino.¹⁸ Incluso las personas naturales o jurídicas que se hallaren afectadas en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos se encuentran habilitadas para presentar la demanda al Tribunal. Quien pretenda emplear este recurso deberá solicitar con antelación de forma escrita al CAMRE la observancia de la actividad omitida. Si en el lapso de los treinta días que siguen no se consigue acceso a dicha solicitud, el requirente tendrá la alternativa de dirigirse al TJCA para que este se manifieste sobre el caso.

Para robustecer el Sistema de Solución de Controversias es de rigor implementar de modo efectivo los mecanismos de tutela que están en él contemplados. En este sentido, la CAN se encuentra en deuda con sus más de 111 millones de ciudadanos andinos, puesto que en tema de arbitraje no está cumpliendo con una de las finalidades de los procesos instituidos en el tratado constitutivo del tribunal, el que de acuerdo con lo dispuesto en su preámbulo una de sus finalidades es, entre otros, “[...] *garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena*, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros” (énfasis añadido). De esta manera, es notoria la

¹⁷ TJCA, oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 12.

¹⁸ Véanse los artículos 129 y siguientes del Estatuto del Tribunal.

importancia, por parte del Tribunal, de garantizar la eficacia de los derechos sustantivos de las personas naturales o jurídicas sujetas a su jurisdicción.¹⁹

El fortalecimiento de la función arbitral da la oportunidad para ofrecer un foro alternativo de solución para las controversias relativas a inversión de los cuatro países andinos, lo que atrae el pleno interés del Estado Plurinacional de Bolivia y de la República del Ecuador, que no tienen acceso a dicho foro arbitral para tratar conflictos de este tipo al haber denunciado el Convenio del “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones” (CIADI) del Banco Mundial.²⁰

Según el Tribunal, la necesidad de fortalecimiento de la función del arbitraje de inversión es asimismo adecuado como un instrumento para otorgar seguridad jurídica a las inversiones comunitarias y extranjeras que contribuirán, de forma particular en la etapa post COVID-19, a la reconstitución de las economías de la subregión.²¹

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) ha designado como crucial la inversión internacional para conseguir un desarrollo industrial sostenible. La relevancia de la inversión, en particular la Inversión Extranjera Directa (IED), ha sido propuesta desde mucho tiempo atrás como un dispositivo necesario que propiciará el desarrollo de la economía.²²

Así pues, considerando que el artículo 1o. del Acuerdo de Cartagena indica que el desarrollo equilibrado de sus integrantes es uno de los medios para el establecimiento progresivo del mercado común, es inevitable deducir que el atractivo de la IED es esencial en la marcha del proceso de integración andino hacia dicho objetivo.²³

En palabras del Tribunal, el robustecimiento del arbitraje, extendido a los arbitrajes de inversión como instancia alterna para la solución de demandas de inversión generadas en la subregión, se reflejará positivamente en los siguientes resultados.²⁴

¹⁹ TJCA, oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 13.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 15.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 16.

²⁴ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

- *Disminución de costos relacionados al arbitraje.* Los costos implicados por traslado y hospedaje de personal y especialistas locales, así como por los costes administrativos relacionados con la tramitación de la disputa, se verán reducidos ante el TJCA. Éste, como foro arbitral de inversión internacional de naturaleza alterna, por el solo acto de realizarse en una economía local, Quito significará costos reducidos, comparados con aquellos sufragados en ciudades como Washington o La Haya, que suelen ser las sedes usuales del arbitraje de inversión.
- *Posibilidad de conseguir más notoriedad en el litigio arbitral de inversiones de los estudios jurídicos de la subregión,* lo que al mismo tiempo significaría una disminución de costos, particularmente de aquellos vinculados de forma directa con la defensa, con el añadido de que esta reducción de portes valdría para la defensa de los inversionistas locales, así como para los países intervinientes.
- *Contar con un sistema de solución de diferencias de arbitraje con costos menores a los de los sistemas que son utilizados actualmente facilitará que inversionistas con pretensiones de menor envergadura puedan someter sus controversias a arbitraje.*
- *Ejecución directa de laudos.* Dado el carácter comunitario del TJCA como organismo jurisdiccional, los laudos que se emitan tendrán directa aplicabilidad, y no serán pasibles de peligro alguno de nulidad u obstáculos para ser reconocidos ante las cortes locales. Así, no habría motivos para dudar de la ejecutabilidad del laudo.
- *Los países miembros podrán obtener un mayor flujo de inversiones subregionales y extranjeras.* El potencial atractivo de la subregión andina para los capitales foráneos se incrementará si los gastos de defensa disminuyen, si se elimina el riesgo de que las cortes nacionales revisen los laudos, y que el tribunal emita resoluciones técnicas.

En consecuencia, el TJCA propuso modificar la Segunda Disposición Transitoria del Estatuto del TJCA con el tenor que sigue:²⁵ “Segunda. *El Tribunal reglamentará la función arbitral* prevista en la sección V del Capítulo III del Tratado.

El Tribunal contará, además, con la competencia para resolver controversias entre los Países Miembros e inversionistas”.

²⁵ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

Contar con un mecanismo de solución de diferencia inversionista-Estado en la CAN generará una revitalización del sistema de solución de diferencias andino en general.²⁶ Sin embargo, la propuesta realizada por el TJCA no resultaría suficiente para poder extender sus competencias a las disputas inversionista-Estado. Es pertinente indicar que las competencias del TJCA se encuentran establecidas en su tratado constitutivo. De esta manera, el artículo 38 reconoce la facultad del Tribunal de dirimir controversias “[...] que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden”. Por su parte, el artículo 39 reconoce la facultad de la Secretaría General para dirimir controversias “[...] que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. No obstante, el Tratado de Creación no reconoce la facultad del TJCA de reglamentar la función arbitral prevista en la sección V del Capítulo III del Tratado. Tampoco reconoce la facultad del TJCA de resolver controversias entre los países miembros e inversionistas. Por esto es importante que, de incluirse ambas facultades, se diera mediante una modificación del tratado internacional y no mediante una “Decisión”.

Por otro lado, contar con un mecanismo de este tipo requiere la aprobación e implementación de una serie de decisiones para hacer eficiente este mecanismo. De esta manera, se requiere negociar y aprobar un conjunto de Normas de Procedimientos para regular algunos aspectos del procedimiento arbitral. Algunos de los asuntos que se deberán discutir consisten en la determinación o no de una fase de negociación como condición para acceder a la etapa de tribunal arbitral. En esta línea, se deberá definir si mecanismos como la conciliación y mediación se podrían llevar a cabo en paralelo con el procedimiento arbitral con la finalidad de arribar a una solución amistosa.

Además, se deberá definir la forma de constitución del tribunal arbitral. En este aspecto es preciso tener en consideración que según el artículo 6 del Tratado de Creación del TJCA el número de magistrados del TJCA será igual

²⁶ De manera similar se puede recordar que a nivel de UNASUR se trabajó en la creación de un Centro de Solución de Controversias en materia de Inversiones. Con lo cual, la idea de contar con un mecanismo de este tipo en la región es un asunto que ya ha generado ciertas discusiones. Zubieta, Franz, “La reforma del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: un reto imposter-gable”, *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 3, núm. 1, 2022, p. 10.

al número de países miembros de la CAN. De esta manera, actualmente existen 4 magistrados en el TJCA. Con lo cual el tribunal arbitral podría constituirse por los actuales magistrados del TJCA.

Por el contrario, otra opción sería que, dada la especialidad del derecho de inversiones, sería recomendable contar con árbitros independientes que resuelvan las disputas inversionista-Estado. En este sentido, será de utilidad contar con una lista de árbitros designados por cada país de la CAN.

Por otro lado, si bien contar con un mecanismo de arbitraje puede acelerar la solución de diferencias, este mecanismo se puede enfrentar a acciones de la parte demandada para demorar la constitución del tribunal arbitral. En este contexto, será de gran utilidad establecer una lista de árbitros para facilitar la elección del presidente o del árbitro de la parte demandada. Además, un asunto de gran importancia será determinar la autoridad nominadora quien estará encargada de designar al árbitro de la parte faltante, al presidente del tribunal arbitral y de solucionar las recusaciones en contra de los árbitros.

Además, uno de los temas que se está debatiendo actualmente en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es la posibilidad de contar con un mecanismo de apelación en los arbitrajes inversionista-Estado. Algunos de los asuntos que se ha buscado mejorar es la precisión de asuntos procesales y sustantivos de las decisiones y rectificar errores en las decisiones de los tribunales del CIADI. De esta forma, contar con un mecanismo de apelación permitiría mejorar la consistencia, coherencia y predictibilidad de las decisiones del CIADI.²⁷

El establecimiento de una fase de apelación ha generado debates respecto a la relación entre la primera y la segunda instancia. De esta manera, existen tribunales de apelación que revisan la decisión de primera instancia y emiten una decisión final, mientras que algunos tribunales de segunda instancia remiten el caso al tribunal de primera instancia para que corrija los errores identificados por este. Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC tiene la

²⁷ UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate and multilateral court mechanisms. A/CN.9/WG.III/WP.185, 2019, p. 3. Algunos autores como M. Ten Cate sostienen que la consistencia en los procesos arbitrales no es necesario ni deseable porque la fragmentación del derecho de las inversiones complica que se pueda lograr este objetivo. Este problema no debería presentarse en la Comunidad Andina en tanto que la regulación sobre protección de inversiones se aplicará de forma igual a los países contratantes de la CAN. Ten, Irene, "The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, 2013, pp. 418-422.

facultad de confirmar, modificar o revertir la decisión del Grupo Especial; la misma situación ocurre en el mecanismo de apelación del MERCOSUR. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede anular una decisión del tribunal de primera instancia y emitir una decisión final o remitir el asunto de nuevo al Tribunal General.²⁸

Algunos tratados de protección de inversión cuentan con un mecanismo de apelación. Sin embargo, no todos presentan el mismo enfoque respecto a la relación entre el tribunal de apelación y el tribunal de primera instancia. A manera ilustrativa, por un lado, el Acuerdo de protección de inversiones suscrito entre la Unión Europea y Singapur establece en su artículo 3.19 que el tribunal de apelación puede modificar o revertir las conclusiones legales o fácticas del tribunal de primera instancia. En este tipo de situaciones se deberá remitir el asunto al tribunal de primera instancia para que emita una decisión revisada tomando en consideración las conclusiones del tribunal de apelación. Por otro lado, el Acuerdo de protección de inversiones suscrito entre la Unión Europea y Vietnam establece, en su artículo 3.54, que el tribunal de apelación solo puede remitir el caso nuevamente al tribunal de primera instancia si los hechos establecidos por ese tribunal no le permiten llegar a una decisión final. En el caso del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea y Canadá se establece un mecanismo de apelación en el capítulo de inversión. Según el artículo 8.28 el tribunal de apelación tiene la facultad de confirmar, modificar o revertir las decisiones del tribunal arbitral. A partir de lo antes dicho, es notorio que se debe discutir la necesidad de incluir o no un sistema de apelación en la CAN, sobre todo en caso se utilice una lista de árbitros para constituir los tribunales arbitrales.

Otro asunto a tomar en consideración en los arbitrajes inversionista-Estado son las normas de transparencia en arbitrajes de inversión. Con estos fines, se puede acoger el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Reglas CNUDMI sobre transparencia). Estas normas establecen qué documentos podrán ser publicados; esto es de gran importancia porque a diferencia del arbitraje comercial, en el caso de arbitraje inversionista-Estado, una de las partes es un Estado. De esta manera, la controversia adquiere interés público y es importante conocer si es que la normativa estatal es compatible con las

²⁸ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate and multilateral court mechanisms*. A/CN.9/WG.III/WP.185, 2019, p. 6.

obligaciones en materia de inversiones, conocer la defensa del Estado, los argumentos del inversionista, entre otros aspectos del proceso, pues en caso el Estado pierda, la indemnización se pagará con presupuesto público.²⁹ En este sentido, las Reglas CNUDMI sobre transparencia establecen los documentos que deberán ser publicados (artículo 3o.), las reglas sobre la publicación de escritos presentados por terceros (artículo 4o.), por partes del tratado que no son litigantes (artículo 5o.), entre otros aspectos. El artículo 5o. será de particular utilidad en el caso de la CAN pues un arbitraje inversionista-Estado involucrará a un inversionista de un Estado miembro de la CAN y otro Estado miembro de la CAN. Sin embargo, los otros Estados miembros de la CAN podrían tener interés en participar en la disputa presentando información adicional.

En consecuencia, un último asunto que se podría implementar en el Sistema de Solución de Diferencias de la Comunidad Andina es generar un foro exclusivo y excluyente de disputas inversionista-Estado entre los países andinos. En el 2020, en el marco de la Unión Europea se aprobó una decisión para restringir las disputas inversionistas-Estado entre los países de la Unión Europea.³⁰ Esto podría tener un impacto en los tratados de libre comercio que existen entre los países de la Comunidad Andina. De esta forma, se puede mencionar como ejemplo el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico, el cual establece un mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre el Perú y Colombia. Si se aprobara este tipo de reforma se podrían remitir las disputas inversionista-Estado entre el Perú y Colombia solo al sistema de solución de diferencias de la CAN. Este tipo de decisiones ayudaría a un avance en la integración andina y es un asunto que deberá ser discutido en el proceso de reforma de la CAN.

En caso de que los países andinos desearan seguir el camino de la Unión Europea estos deberán realizar profundas modificaciones al régimen de inversiones de la CAN. Las Decisiones 291, 292 y 578 regulan el régimen de inversiones en la Comunidad Andina. En particular, en el caso de la Decisión 291 se debe revisar el estándar de Trato Nacional contenido en su artículo 2,

²⁹ Young, Eun *et al.*, *Procedural Issues in an Arbitration: Disclosure*, 2022, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/procedural-issues-in-arbitration-disclosure>

³⁰ European Commission. *EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties*, disponible en: https://finance.ec.europa.eu/publications/eu-member-states-sign-agreement-termination-intra-eu-bilateral-investment-treaties_en

pues este solo se aplica a inversionistas extranjeros y no al inversionista subregional. Además, se debe negociar la inclusión de algunos estándares del derecho de inversiones como la Nación Más Favorecida, el Nivel Mínimo de Trato, Trato Justo y Equitativo, Expropiación Directa e Indirecta, entre otras cláusulas que permitan garantizar un sistema de protección de las inversiones extranjeras en la Comunidad Andina.

Para cerrar, en relación con el fortalecimiento de la función arbitral, resulta conveniente destacar el Proceso 01-DA-2018, en el cual el TJCA reconoció sus propias limitaciones por no contar con los recursos presupuestales y técnicos (de personal) necesarios:

Cabe además tomar en cuenta el aspecto económico, el cual adquiere trascendental importancia en los casos en los que se ejercería la función arbitral, pues el presupuesto del Tribunal no ha contemplado la posibilidad de que este Organismo ejerza una competencia respecto de la cual la Comunidad no le ha provisto de los recursos indispensables para llevar adelante su ejecución, considerando los altos costos que su ejercicio puede implicar”.³¹

2. El cobro de derechos de trámite por los servicios judiciales brindados

Según la tercera propuesta del Tribunal, son las personas naturales o jurídicas que activen los procesos judiciales que son competencia del Tribunal los sujetos pasivos obligados que estarían conminados a cancelar de modo previo por los servicios judiciales que brinda el Tribunal, ya sea por interpretaciones prejudiciales, o en las acciones de nulidad, incumplimiento, el recurso por omisión o inactividad, y el ejercicio de la función arbitral (acciones especiales).³²

El cobro de un arancel judicial minimizará la interposición de demandas temerarias para el caso de las acciones especiales, dado que repercutirá como disuasor en la medida en que las partes que consideren activar un proceso judicial ante el TJCA considerarán en su análisis costo-beneficio el importe que tendrían que sufragar por causa del arancel judicial.³³ De hecho, el cobro de aranceles judiciales en los procesos judiciales es un tema que siempre genera debate. Por un lado, contar con un sistema jurisdiccional en el que no se cobra a las partes los costos del proceso, o se cobra un monto muy reducido,

³¹ TJCA, Arbitraje 01-2018, 2019, p. 5.

³² TJCA, Oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 11.

³³ *Idem.*

incrementará el número de juicios; lo cual podría ser considerado como un incentivo a demandar incluso en aquellos casos en los que la parte demandante obra de forma temeraria. Por otro lado, imponer tarifas muy elevadas para acceder al sistema de justicia generará un desincentivo de presentar demandas. De hecho, establecer aranceles judiciales tan elevados conllevará que algunas personas que cuentan con derechos legítimos, pero no cuentan con los recursos suficientes para exigir el respeto de sus derechos no inicien acciones legales.³⁴

Por otro lado, el arancel judicial se determinará en relación con el costo real de la prestación judicial otorgada. Entonces, la concepción del arancel es, al igual que cualquier tasa, un valor determinado para cubrir adecuadamente los gastos que ocasionan la provisión del servicio, de tal forma que se aseguren flujos financieros y el usuario tenga la posibilidad de conseguir un servicio judicial de mejor calidad. Sin embargo, si se tiene en cuenta la naturaleza tuitiva del derecho laboral, no existiría cobro de arancel alguno vinculado con los procesos laborales.³⁵

En definitiva, será de gran importancia que se determine si el costo de los aranceles judiciales para el inicio de un proceso judicial ante el TJCA se realiza en base al tipo de proceso o en base a la situación económica del demandante (sea persona natural o jurídica). En todo caso, el arancel judicial no puede constituir una barrera de acceso a un sistema de solución de diferencias.³⁶ De hecho, uno de los temas más importantes consiste en establecer reglas para que la determinación de los aranceles judiciales no sea arbitraria.³⁷ De esta manera, será importante que se discuta si existirá un recurso para solicitar una excepción al cobro de aranceles judiciales; lo cual será de gran utilidad para aquellas personas que no cuenten con recursos suficientes. Además, será importante definir si existirá una diferencia en el monto del arancel judicial sea una persona natural o jurídica quien inicia el procedimiento ju-

³⁴ Hernández, Gabriel, *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del derecho*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, pp. 69-70.

³⁵ TJCA, oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 11.

³⁶ CERIAJU, *Los problemas de la justicia en el Perú: Hacia un enfoque sistémico. Diagnóstico interinstitucional*, capítulo 3. Acceso a la justicia, 2004, p. 207, disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/diagnos.htm>

³⁷ Belaúnde, Javier de, *La reforma del sistema de justicia, ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Fundación Konrad Adenauer, Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, 2006, p. 139.

dicial. En este sentido, es importante que el cobro de aranceles judiciales no desemboque en una denegación de justicia.³⁸ Además, será importante notar que los aranceles judiciales nacen con una finalidad recaudatoria, no disuasoria. Por lo que las tasas no deberían ser excesivas. Es cierto que los aranceles judiciales siempre generarán una barrera que impedirá llevar determinados asuntos, en especial los de baja cuantía.³⁹ Si bien es cierto que la cuantía no es un asunto propio del sistema andino de solución de diferencias pues los procesos judiciales cuestionan medidas legislativas de los países miembros de la CAN o decisiones del propio sistema andino. Sin embargo, si el impacto de una medida legislativa afecta a una rama de producción pequeña o a una persona de un país miembro de la CAN es posible que los costos del proceso generen desincentivos de iniciar acciones legales si es que los costos del proceso son elevados, lo cual en parte se ve influenciado por los aranceles judiciales.

Dado que el cobro de los derechos de trámite, sumado a la aplicación de la figura del precedente de observancia obligatoria, disminuirán drásticamente el número de causas en conocimiento del Tribunal. Una tasa judicial, en lugar de significar un gasto para quienes deban pagarlo, será más bien una forma de ahorro de sus recursos. A su vez, esto generará que la expedición de las providencias del TJCA se realice en un término más corto del que en la actualidad se hace.⁴⁰

Otro aspecto a tomar en consideración es determinar el hecho imponible que se va a gravar. En caso que se desee gravar el “servicio de justicia” no se debería cobrar un arancel hasta la finalización del proceso, cuando se cuente con una sentencia.⁴¹ Considerando que el arancel será cobrado al inicio del proceso esto podría ser visto como una afectación al derecho de acceso a la justicia.⁴² Por eso será de gran importancia que se defina si el no pago del

³⁸ En esta línea es importante evitar que se genere una “aristocratización” del sistema judicial, por eso será de gran importancia que el cobro de aranceles judiciales no genere un desincentivo para que las personas con menor capacidad económica accedan al sistema de justicia. Martínez, César, “Una aproximación crítica a las tasas judiciales desde el derecho financiero y tributario”, RJUAM, núm. 27, 2013, p. 218.

³⁹ Delgado, Jordi, “Argumentos para discutir sobre tasas judiciales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 1, 2013, p. 128.

⁴⁰ TJCA, oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 12.

⁴¹ Delgado, Jordi, *op. cit.*, p. 127.

⁴² Aragón, Daniel y Restrepo, Daniel, “La Constitucionalidad del arancel judicial. Una mi-

arancel judicial conllevará la inadmisibilidad de la demanda de plano o si se otorgará un plazo para subsanar dicha omisión.

Además, otro asunto a tomar en consideración es si el arancel judicial se aplicará por cada escrito que se presente y si existirá diferencia en el monto de los aranceles judiciales en relación a si estos se anexan a un escrito de demanda, a un recurso de apelación, a la interposición de medidas cautelares, a la interposición de un escrito de implementación de la decisión del TJCA, entre otros tipos de escritos. La finalidad de cada uno de estos escritos es diferente. Por un lado, se entiende que la presentación de una demanda podría tener monto de arancel judicial intermedio para desincentivar el inicio de procesos injustificados o temerarios. Por otro lado, la presentación de un escrito de cumplimiento debería tener un arancel judicial menor porque dicha parte ha ganado el proceso.

A manera ilustrativa, se puede comentar que mediante el Acuerdo 03/2022 del TJCA se modificó el Artículo 9o. del “Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales”, a fin de implementar el cobro de costas procesales para financiar el gasto adicional que representa atender las solicitudes de informe oral en el marco de la tramitación de interpretaciones prejudiciales.⁴³

Posteriormente, mediante el Acuerdo 01/2023,⁴⁴ el Tribunal reguló una tasa para solicitar informes orales, evidenciándose que el TJCA ha ido por este camino. Sin embargo, es importante notar que el Tratado de Creación del Tribunal no reconoce la facultad del Tribunal de aprobar aranceles judiciales. En este sentido, la propuesta del Tribunal de aprobar una lista de aranceles iría más allá de lo regulado en el propio Tratado de Creación del Tribunal; lo cual según el principio de “atribución de competencias” no estaría permitido, pues el Tribunal solo puede desarrollar las funciones establecidas en su tratado constitutivo. En este contexto, parecería que lo más adecuado sería modificar primero el propio Tratado de Creación para reconocer la facultad del Tribunal de cobrar aranceles judiciales por inicio de diferentes procesos judiciales.

rada crítica a la Ley 1653 de 2013”, *Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado*, 2013, p. 49.

⁴³ TJCA, Acuerdo 03/2022, 2022, pp. 6 y 7.

⁴⁴ TJCA, Acuerdo 01/2023, 2023, p. 3.

Al respecto, cabe indicar que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal establece sobre el costo de las actuaciones ante el Tribunal que, las que sean de carácter judicial, “no *causarán derecho alguno*, excepto los gastos en que el Tribunal deba incurrir por la expedición de copias, la práctica de inspecciones judiciales o por la actuación de peritos, según arancel, tarifa o costo que aprobará el Tribunal”. Por su parte, el artículo 81 establece que: “El Tribunal determinará las modalidades con arreglo a las cuales cada parte sufragará los gastos originados por el ofrecimiento y la práctica de pruebas”.

Por otro lado, otro asunto que se deberá discutir es el uso del término “tasa judicial”, en lugar de “arancel judicial”, puesto que la tasa hace referencia al tributo que se paga por un servicio público brindado a una persona en particular, lo cual parecería ser un término más cercano a lo que acontece en el sistema de solución de diferencias de la CAN.⁴⁵

Según el Tribunal, con una carga procesal (emisión de interpretaciones prejudiciales) que excede las 600 al año, el mismo requiere en promedio alrededor de unos 11 meses para pronunciarse sobre cada interpretación prejudicial requerida. Dicha carga procesal se reducirá a una cifra no mayor de 100 interpretaciones por año si se incorpora la figura del precedente de observancia obligatoria, y con los recursos provistos por el cobro de los derechos de trámite que se consignan en el arancel judicial, podrá contratarse personal de apoyo para generar con más celeridad esas no más de 100 interpretaciones prejudiciales al año, con lo que podría acortarse a menos de un mes su tiempo de expedición. Simultáneamente, una reducida carga procesal en interpretaciones prejudiciales hará posible apresurar y facilitar el trámite de las principales acciones especiales: acciones de nulidad e incumplimiento.⁴⁶

La unificación de la figura del precedente de observancia obligatoria con el recaudo del pago por el trámite de los procesos judiciales posibilitará un acortamiento significativo de los términos actuales, y este uso eficiente del tiempo resulta un provecho tanto cuantitativo como cualitativo para los beneficiarios del Sistema Andino de Solución de Controversias.⁴⁷ En conclusión, sobre el arancel judicial y el cobro por derecho de trámite, el Proyecto de Decisión de Reforma del Estatuto del TJCA estableció lo siguiente:⁴⁸

⁴⁵ Carrillo, Miguel, *Diferencias entre impuesto, contribución y tasa*, LP Derecho, 2019, disponible en: <https://lpderecho.pe/diferencias-impuesto-contribucion-tasa-miguel-carrillo/>.

⁴⁶ TJCA, oficio No. 44-P-TJCA-2020, 2020, p. 12.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

- Es un dispositivo de autofinanciamiento parcial.
- Únicamente se aplica a personas naturales y jurídicas.
- En acciones de nulidad e Incumplimiento y en el recurso por omisión queda bajo responsabilidad del demandante.
- En el marco de consultas prejudiciales, permanece a cargo de la parte (*demandante o demandada*) que impulsó la instancia que pide la interpretación prejudicial.
- No se pondría en práctica a las demandas laborales.
- El TJCA establecerá el arancel judicial en el caso de solicitudes de informe oral en el marco de procedimientos de interpretación prejudicial.
- El TJCA establecerá el arancel judicial que se cobrará en relación a los gastos por la expedición de copias, inspecciones judiciales y la actuación de peritos.
- Implementación: modificación del artículo 38 del Estatuto. El TJCA aprueba el Arancel; o bien el TJCA elabora el proyecto y el CAMRE lo aprueba.

3. *La constitución de un fideicomiso*

Como cuarta y última propuesta, el TJCA planteó el establecimiento de un Fideicomiso con la participación de la Corporación Andina de Fomento (CAF), la que se conoce también como el Banco de Desarrollo de América Latina.

En efecto, el Artículo 3o. del Convenio Constitutivo sostiene que la finalidad de la Corporación es “promover el desarrollo sostenible”, así como la integración regional “mediante la prestación de servicios financieros múltiples a clientes de los sectores público y privado de sus Países Accionistas”.

El mismo Convenio establece entre las funciones de la CAF “proveer de modo directo o indirecto “la *asistencia técnica y financiera* necesaria para la preparación y ejecución de proyectos multinacionales” y fomentar “*el fortalecimiento de las instituciones*” de forma que se contribuya a la modernización y transparencia del Estado”. En palabras del TJCA, contar con un mecanismo alternativo de financiamiento ayudará a contar con un mecanismo de solución de diferencias eficiente en la CAN. En este sentido, la aprobación de este tipo de iniciativas debe ser discutida.

VII. Conclusiones

La reingeniería de la Comunidad Andina es vital para el desarrollo del organismo precursor de la integración regional en América Latina. Han pasado más de 10 años desde el mandato presidencial de julio de 2011 y es hora de finalizar este proceso para exponer los resultados correspondientes al Grupo de Alto Nivel y, posteriormente, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE). No obstante, aún quedan aspectos relevantes por abordar para inyectar un renovado dinamismo al proceso de integración andino en general, particularmente, en lo que respecta al Parlamento Andino y la revisión del Mecanismo de Solución de Controversias.

En cuanto a la reingeniería del Mecanismo de Solución de Controversias, el Tribunal Andino propuso *de motu proprio* una optimización mediante el “Proyecto de Reforma del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión 500)”. Esta propuesta de reforma podría generar diversos efectos positivos, como descartar la necesidad de interpretaciones prejudiciales sobre temas que el Tribunal ya ha resuelto y acortar el tiempo de expedición de sentencias y otras providencias judiciales. Asimismo, puede desalentar la presentación de demandas frívolas o temerarias y brindar un foro eficiente a las partes que presentan sus controversias en arbitraje en el marco del Sistema de Solución de Controversias de la CAN.

Sin embargo, en primer lugar, el reconocimiento de una función arbitral en disputas inversionista-Estado podría requerir la modificación del mismo Tratado y la aprobación de diferentes instrumentos adicionales para hacer operativo un sistema de solución de diferencias en materia inversionista-Estado. En segundo lugar, el cobro de derechos de trámite por los servicios judiciales prestados por el TJCA también podría exigir una atribución expresa de competencias en el ámbito del Derecho público y, por consiguiente, una modificación del Tratado.

A diferencia del Derecho privado, dentro del Derecho público impera el principio de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. Esta regla fundamental se asienta en el principio de legalidad, según el cual los órganos de las organizaciones internacionales están restringidos a actuar dentro de las competencias que les han sido expresamente otorgadas por los Estados. En este contexto, el principio de atribución de competencias define y limita el alcance de las acciones permitidas a las instituciones inter-

nacionales, sujetándolas estrictamente a los poderes que les han sido específicamente conferidos por los Estados.

Es importante tomar en consideración que cualquier modificación en el sistema andino de solución de controversias debe ser discutida ampliamente por el constituyente andino para evitar abrir una puerta que permita aprobar cualquier modificación por la vía jurisprudencial o mediante normativa secundaria o derivada de inferior jerarquía normativa que los tratados.

En suma, el presente trabajo tuvo como objetivo contribuir en el debate y análisis de la reforma del sistema andino de solución de controversias y estimular nuevos desarrollos doctrinales. Es una tarea impostergable alcanzar una mayor difusión y conocimiento del Derecho comunitario andino dentro y fuera de la región para avanzar en el proceso de integración andino. Por lo tanto, se deben abordar los aspectos relevantes pendientes del proceso de reingeniería de la CAN para alcanzar una integración regional mucho más sólida y efectiva.

VIII. Bibliografía


- ARAGÓN, Daniel y RESTREPO, Daniel, *La constitucionalidad del arancel judicial. Una mirada crítica a la Ley 1653 de 2013*, Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado, 2013.
- BELAÚNDE, Javier de, *La reforma del sistema de justicia ¿en el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Fundación Konrad Adenauer, Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, 2016.
- CAN, *Informe de Gestión Presidencia Pro Tempore de Colombia Comunidad Andina 2016-2017*, 2017.
- CARRILLO, Miguel, *Diferencias entre impuesto, contribución y tasa*, L.P. Derecho, 2019, disponible en: <https://lpderecho.pe/diferencias-impuesto-contribucion-tasa-miguel-carrillo/>
- CEPAL, *Ejes temáticos prioritarios para la reingeniería del Sistema Andino de Integración: propuestas de la CEPAL*, 2013.
- Comunidad Andina. *Ministros RREE y Comercio de la CAN analizarán en Lima el proceso de fortalecimiento de la integración andina*, disponible en: <https://www.comunidadandina.org/tag/consejo-andino-de-ministros-de-relaciones-exteriores>

- CNN, “¿El principio del fin de Unasur? 6 países suspenden su participación”, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2018/04/21/el-principio-del-fin-de-unasur-6-paises-suspenden-su-participacion/>
- DELGADO, Jordi, “Argumentos para discutir sobre tasas judiciales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 1, 2013.
- European Commission, EU Member States Sign an Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties, disponible en: https://finance.ec.europa.eu/publications/eu-member-states-sign-agreement-termination-intra-eu-bilateral-investment-treaties_en.
- FGV, *Proyecto de reingeniería de la CAN*, 2013.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre éste tiene el análisis económico del derecho*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014.
- MARTÍNEZ, César, “Una aproximación crítica a las tasas judiciales desde el derecho financiero y tributario”, *RJUAM*, núm. 27, 2013.
- PAREJA, Francisco, “Integración andina y convergencia suramericana”, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- TEN, Irene, “The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, 2013.
- TJCA, Arbitraje 01/2018, 2019.
- TJCA, Acuerdo 03/2022, 2022.
- TJCA, Acuerdo 01/2023, 2023.
- TJCA. Oficio No. 44-P-TJCA-2020.
- TJCA, *Informe de labores. Período del 15/01/2021 al 16/01/2022*, 2022.
- TJCA, *Informe de Presidencia del TJCA (2021-2022)*, disponible en: https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/informes/informes_presidencia/
- UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Appellate and multilateral court mechanisms.A/CN.9/WG.III/ WP.185*, 2019.
- YOUNG, Eun *et al.*, Procedural Issues in an Arbitration: Disclosure, 2022, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/procedural-issues-in-arbitration-disclosure>
- ZUBIETA, Franz, “La reforma del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: un reto impostergable”, *Iustitia et Pulchritudo*, vol. 3, núm. 1, 2022.

**Práctica internacional
mexicana**

Las normas de derechos humanos de fuente internacional: ¿una amenaza para el Estado mexicano?

Julieta Morales Sánchez

 <https://orcid.org/0000-0002-6473-7744>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: juliettemora@hotmail.com

Gerardo Antonio Preciado Ascención

 <https://orcid.org/0000-0001-8103-3127>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18962>

La postura que históricamente ha asumido el Estado mexicano frente al derecho internacional de los derechos humanos ha transitado de un “soberanismo defensivo” a ultranza, a una muy gradual apertura que eventualmente ha conducido no solo a suscribir tratados internacionales de la materia, sino, especialmente, a reconocer la competencia contenciosa de cortes internacionales, como lo son la Corte Penal Internacional (CPI)¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Desde la culminación de la Segunda Guerra Mundial, y hasta fines de la década de los ochenta del siglo pasado, la posición de nuestro país fue la de asumir una diplomacia fuertemente inclinada al fortalecimiento del multilateralismo y al desarrollo y consolidación del derecho internacional (a secas), pero, al mismo tiempo, defendiendo la soberanía nacional y el principio de no intervención, como medios de defensa frente a otros Estados,² por lo que se ha hablado de un “soberanismo defensivo”.³

¹ Este reconocimiento fue cuestionado y produjo fuertes críticas por la redacción del artículo 21 constitucional, que en su párrafo octavo dispone: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”.

² Cfr. Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de los derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 4a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 5.

³ *Ibidem*, p. 11.

No fue sino hasta 1975 que México ratificó el primer tratado internacional en materia de derechos humanos dentro del Sistema de Naciones Unidas,⁴ a saber, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.⁵ En 1981, el Estado mexicano ratificaría múltiples instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.⁶ De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue ratificada en 1981.⁷

No obstante estos avances significativos en materia de derecho internacional de los derechos humanos, México también mostró resistencias no menores; por ejemplo, al momento de suscribir la CADH, se negó a reconocer la competencia contenciosa de la Corte IDH (que reconocería hasta diciembre de 1998), y en junio de 1993, al celebrarse la Conferencia Mundial de Derechos en el marco de Naciones Unidas, donde se introdujo la propuesta de crear la Oficina del Alto Comisionado, el gobierno mexicano, en principio, se opuso a tal iniciativa⁸ (si bien cambió de postura posteriormente).

Así, nuestro país transitó del “soberanismo defensivo” a la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos a su orden jurídico, y no sería sino hasta la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 que tales

⁴ Dentro de la Organización Internacional del Trabajo las primeras ratificaciones datan del 12 de mayo de 1934, de los siguientes tratados que actualmente se encuentran en vigor: C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); C017 - Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17); C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19); C022 - Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22); C026 - Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26); C027 - Convenio sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929 (núm. 27); y, C030 - Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30). Cfr. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764 (fecha de consulta: 14 de mayo de 2023).

⁵ La ratificación se produjo el 20 de febrero de 1975. Cfr. *United Nations. Human Rights*, disponible en: <https://indicators.ohchr.org/> y https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/Treaty-BodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=5&Lang=SP (fecha de consulta: 14 de mayo de 2023).

⁶ Todos ellos ratificados el 23 de marzo de 1981. Cfr. *idem*.

⁷ Ratificada el 2 de marzo de 1981. Cfr. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (fecha de consulta: 14 de mayo de 2023).

⁸ Saltalamacchia Ziccardi Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, *op. cit.*, p. 13.

tratados adquirirían primacía en nuestro país (gracias al principio *pro persona* y, posteriormente, como parte del parámetro de control de regularidad constitucional).

Este nuevo *ethos* constitucional de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales no ha sido, sin embargo, unívoco en su sentido (ni fácil su aplicación), como evidencian las distintas resoluciones que, sobre el particular, ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Por ejemplo, en el expediente Varios 912/2010, el máximo tribunal reconoció el deber a cargo de las autoridades del Estado mexicano —y, en particular, del Poder Judicial—, en el sentido de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tal y como lo mandata el artículo 1o. de la Constitución mexicana. Y para maximizar la eficacia de esa protección efectiva de derechos, la SCJN determinó que las autoridades que realizaran funciones materialmente jurisdiccionales debían ejercer un control de convencionalidad.⁹

En la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta en 2013, la SCJN instruyó a todos los jueces que ejercen su jurisdicción al interior del Estado mexicano para que, cuando en la Constitución hubiese una restricción expresa a algún derecho humano, hicieran prevalecer esta última sobre derechos reconocidos en tratados internacionales o en la propia Constitución. En esta resolución el “soberanismo defensivo” se afianza en la SCJN al hacer predominar la Constitución nacional sobre fuentes de derecho internacional, apelando precisamente a la defensa de soberanía del Estado mexicano.

Así, en la referida Contradicción de Tesis 293/2011 la SCJN instruyó a los jueces nacionales para desatender derechos humanos contenidos en la Constitución o en los tratados cuando estos colisionaran con una “restricción expresa”. Más adelante, en el expediente Varios 1396/2011, del 11 de mayo de 2015, la SCJN fue más allá al determinar que era legítimo que los juzgadores que ejercen su jurisdicción al interior del Estado mexicano no acataran lo resuelto por la Corte IDH en una sentencia donde aquel hubiere sido condenado, si lo decidido en ella se oponía a una restricción expresa supuestamente prevista en la Constitución. Así, afirmó:

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Engrose del Expediente Varios 912/2010, p. 34, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf (fecha de consulta: 14 de mayo de 2023).

para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011.¹⁰

Lo anterior quiere decir que —de acuerdo con lo decidido por el máximo tribunal en esta resolución—, el Estado mexicano no estaría obligado a acatar los fallos que dicte la Corte IDH, si en dicho fallo se encuentra un deber que pudiere representar un “obstáculo” al cumplimiento de una “restricción expresa” prevista o reconocida por la propia SCJN en la Constitución.

Los alcances de esta postura pueden ser muy cuestionables ya que, por medio de la ideología de la “soberanía defensiva”, la SCJN ha señalado que los jueces nacionales (que son también interamericanos), están autorizados a transgredir un fallo de la Corte IDH (bajo el supuesto previamente indicado). Ello representa, de igual forma, una violación al artículo 1o. de nuestra Constitución, al desconocer que los derechos humanos de fuente internacional son parte del bloque de constitucionalidad —e incluso podrían tener jerarquía supraconstitucional con base en el principio *pro persona*—, incumpliendo con ello a su vez, con el deber a cargo de todas las autoridades del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que establece el precepto constitucional en cita. Es menester señalar que esta postura se aprobó por seis votos.¹¹

Por vía de esta doctrina, la SCJN ha pretendido escindir el parámetro de control de regularidad constitucional para establecer —quizá de manera implícita— una jerarquía entre normas constitucionales y aquellas de fuente

¹⁰ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Engrose del expediente Varios 1396/2011, pp. 30 y 31, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=134051> (fecha de consulta: 14 de mayo de 2023).

¹¹ Se aprobó por mayoría de seis votos de los ministros Franco González Salas, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Medina Mora, Pérez Dayán y su entonces presidente Luis María Aguilar Morales; los ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Silva Meza y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra.

internacional, haciendo que las primeras predominen sobre las últimas cuando la SCJN establezca que en la Constitución existe una restricción expresa.

Esta postura ha sido asumida por algunos ministros de la SCJN en debates recientes; a guisa de ejemplo, se halla el que tuvo el tribunal pleno el 5 de septiembre de 2022, al discutir la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (bajo la ponencia del ministro Luis María Aguilar),¹² en la cual, por ejemplo, la ministra Esquivel Mossa adujo que abandonar el criterio de supremacía de las restricciones expresas, surgido en la Contradicción de Tesis 293/2011, implicaba una vulneración a la soberanía del Estado mexicano:

abandonar esta jurisprudencia equivale a despojar al Estado Mexicano de la potestad soberana que tiene para determinar en qué casos y bajo qué condiciones pueden restringirse los derechos humanos [...] En la contradicción de tesis 293/2011, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las relaciones con la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben entenderse en términos de cooperación y colaboración. Consecuentemente, a pesar del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana, el Estado Mexicano no está obligado a una sumisión incondicional a este tribunal ni esta Suprema Corte de Justicia de la Nación es una simple reproductora automática de los criterios de los jueces interamericanos.¹³

Según la citada ministra, las restricciones expresas previstas por el legislador, son un reflejo de la soberanía del Estado e inaplicarlas en razón de disposiciones internacionales, supone o implica sumisión del Estado mexicano —y por ende, de la propia SCJN— a organismos internacionales como la Corte IDH. Ello es sumamente cuestionable ya que fue el propio Estado, en ejercicio de esa soberanía cuya defensa se esgrime, quien decidió reconocer la competencia contenciosa de la citada Corte Interamericana desde 1998 y le dio carácter vinculante a la jurisprudencia interamericana en la Contradic-

¹² En esta acción de inconstitucionalidad se planteó la invalidez del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de noviembre de 2019.

¹³ Versión taquigráfica de la sesión del 5 de septiembre de 2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 29, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva3.pdf> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2023).

ción de Tesis 293/2011 (misma decisión en donde se instauró el concepto de “restricción expresa”).¹⁴

Por su parte, en el asunto de mérito, la ministra Ortiz Ahlf se preguntó si la SCJN se encontraba facultada para inaplicar el artículo 19 constitucional (que prevé la figura denominada prisión preventiva oficiosa), respondiendo que si ello ocurriera, el máximo tribunal violaría el principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 de la CPEUM.¹⁵ Asimismo, en su intervención el ministro Pérez Dayán señaló que, en todo caso, la revisión del diseño de la prisión preventiva en su vertiente oficiosa, correspondía al poder revisor de la Constitución, no a la SCJN, respetando así la voluntad soberana prevista en el artículo 39 constitucional;¹⁶ es decir, es un argumento que apela de nueva cuenta a la protección y defensa de la soberanía nacional, pero, ¿en contra de qué?, nada más y nada menos, que en contra de la aplicación al interior del orden jurídico nacional de normas de derechos humanos de fuente internacional.

Así, uno de los postulados de esta doctrina “soberanista” —quizás no expresamente reconocidos— es considerar los derechos humanos previstos en tratados internacionales como un “enemigo” contra el cual hay que luchar para proteger la soberanía del Estado mexicano.

Hay que señalar que la aplicación de esta teoría supone hacer tabula rasa a las normas *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional).¹⁷ Asimismo, implica la violación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estatuye claramente: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incum-

¹⁴ Para profundizar al respecto *cfr.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2023, pp. 339-348.

¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶ Véase *ibidem*, p. 48.

¹⁷ En su parte conducente, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975), define a las normas imperativas de Derecho internacional de la siguiente forma: “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”. Disponible en: https://www.oas.org/xxxi-vea/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

plimiento de un tratado”,¹⁸ que es justamente lo que hace la SCJN cuando pretende que prevalezca una “restricción expresa” constitucional sobre derechos humanos de fuente internacional.

Así, la doctrina de la “soberanía defensiva” que en tiempos recientes la SCJN ha retomado —en algunas de sus resoluciones, cabe matizar—, constituye una violación a los compromisos internacionales del Estado mexicano.

Es preciso recordar también que la única forma en que un Estado puede excluir la aplicación, o bien modificar los efectos jurídicos de un precepto previsto en un tratado internacional debidamente ratificado por el Estado, es por medio de las reservas o declaraciones interpretativas que dicho Estado hubiere realizado respecto del o los tratados al momento de la ratificación.¹⁹

En el caso de la figura de restricción expresa, que es parte de la doctrina de la “soberanía defensiva”, el máximo tribunal excluye la aplicación de normas de fuente internacional, sin que ello sea jurídicamente válido, ya que dicha inaplicación no se funda en reservas que, en su momento, hubiese formulado el Estado mexicano. Además sabemos que dichas reservas jamás deben ser contrarias al objeto o fin del tratado respectivo.

Adicionalmente, para terminar con la vigencia y obligatoriedad de un tratado, el Estado tiene un instrumento: su denuncia. Si el Estado mexicano quisiera excluir la aplicación de cualesquiera tratados internacionales, esa, y solo esa, sería la vía jurídicamente legítima. Pero aun cuando ello ocurriese, la denuncia no eximiría al Estado mexicano de las obligaciones impuestas por el derecho internacional más allá del tratado en cuestión.²⁰

En ese orden, llama la atención el Acuerdo por el que se dan a conocer los Lineamientos para la Celebración de Tratados, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 2021, que en su capítulo tercero consagra el procedimiento de terminación o denuncia de los tratados.²¹ Solo en un país

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ De acuerdo con el inciso d) artículo 2o. de la multicitada Convención de Viena: “d) se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

Idem.

²⁰ *Cfr.* Artículo 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

²¹ *Cfr.* https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613847&fecha=18/03/2021#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

totalitario la efectiva protección y defensa de los derechos de las personas es vista como una amenaza para el Estado; solo bajo una postura retrógrada y conservadora puede defenderse la idea en que se funda el “soberanismo defensivo”, que crea un falso dilema: protección de la soberanía vs. derecho internacional de los derechos humanos.

En este punto, vale la pena recordar que —como bien lo ha advertido Zagrebelsky—, el derecho es dual, ya que, por un lado, se encuentra *el derecho como forma*, que atañe al procedimiento de creación de la norma, y *el derecho como sustancia*, que es el sostenido por fuerzas sociales difusas y necesariamente heterogéneas.²² Reconocer esta dualidad, así como la tensión que ella genera —puntualiza el exjuez constitucional italiano— “no es una complicación que deba ser simplificada, un inconveniente que haya que ignorar [...] sino un dato constitutivo del que hay que ser conscientes y un valor que hay que preservar”.²³

Cuando la SCJN opta por desconocer esta dualidad del Derecho, por negar el ámbito material de aquél, concibe a dicha dualidad como un inconveniente al que es más fácil ocultar, y lo hace prefiriendo la forma o procedimiento. Y es que la “soberanía defensiva” que se ha visto reflejada en las resoluciones de la SCJN anteriormente señaladas, asume que resulta —al menos en apariencia— más sencillo ver solo el aspecto formal del derecho, que reconocer la complejidad inherente de su dualidad, la cual niega, despreciando la dimensión material o sustantiva.

La Corte IDH ha afirmado que una ley (incluida la constitucional) para ser tal debe de cumplir con dos dimensiones: una en sentido formal o procedimental y otra en sentido material o sustantivo (contenido respetuoso de derechos humanos).²⁴ Si incumple una de las dos dimensiones, no podría ser considerada una ley.

Se afirma lo anterior porque cuando el máximo tribunal excluye la aplicación de derechos humanos de fuente internacional, en aras de supuestamente hacer prevalecer a la Constitución (como si aquéllos no fueren parte de esta última), lo que hace es manifestar, de forma implícita, que reconoce la validez del derecho *con independencia* de su sustancia: es válido porque así lo creó el poder reformador de la Constitución, sin importar su contenido.

²² Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Trotta, 2008, p. 17.

²³ *Ibidem*, p. 22.

²⁴ *Cfr.*, entre otros, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párrs. 26-30 y 35.

Olvida el máximo tribunal del país que “la idea de la validez del derecho con independencia de su sustancia, como un mero revestimiento formal de la fuerza (¿qué otra cosa es la soberanía, sino la manifestación de la fuerza y poder del Estado?), mostraba ser el verdadero vademecum del poder arbitrario, ávido de rendir todo límite a su propia omnipotencia”.²⁵

El arraigo y la prisión preventiva: dilemas entre la Corte IDH y la SCJN

La SCJN, al resolver el Amparo Directo en Revisión 1250/2012, determinó que el arraigo era una figura de índole constitucional, esencialmente, por dos razones: la primera, por hallarse previsto en la Constitución,²⁶ y la segunda, por ser una restricción constitucional. Para justificar la constitucionalidad del arraigo, el máximo tribunal señaló que el mismo se trataba de una restricción expresa:

[...] debe concluirse que el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, porque, debe insistirse, los artículos 16 y décimo primero transitorio de la Constitución Federal establecen al arraigo como una restricción expresa al derecho de libertad.²⁷

Al ser el arraigo una restricción expresa, hace jurídicamente imposible la aplicación de derechos humanos de fuente internacional que pudieran limitar la aplicación de aquél; se hace prevalecer la voluntad del así llamado “Poder Reformador de la Constitución” o “Constituyente permanente”, aunque ello

²⁵ *Ibidem*, p. 19.

²⁶ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Engrose del Amparo Directo en Revisión 1250/2012, p. 37, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138663> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

²⁷ *Ibidem*, p. 46. Votaron a favor de la constitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales por mayoría de seis votos de los Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos, Franco González, Pardo Rebolledo, Medina Mora I. y Pérez Dayán. Los Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Silva Meza, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Aguilar Morales votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. El señor ministro Gutiérrez Ortiz Mena anunció voto concurrente.

implique una posible violación a los derechos humanos de las personas que se hallan bajo su jurisdicción.

Algo similar aconteció en la ya referida acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 —donde la SCJN discutió la constitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa—, como se muestra en los siguientes extractos de las sesiones del 5 de septiembre y 22 de noviembre, respectivamente (el primero corresponde al Ministro Pérez Dayán, el segundo a la ministra Esquivel Mossa):

cuando de restricción a derechos humanos se trate, de modo que, sabiendo que es él y solo él [el Poder Reformador] quien puede modificarlas, [...] dando al Texto Primario la legitimidad que le caracteriza en toda su extensión, entendida como la supremacía constitucional que erige el artículo 133 del Texto Fundamental.²⁸

El principio pro persona, de ninguna manera permite desconocer las restricciones a los derechos humanos señalados en la Constitución General.²⁹

Bajo estos postulados del “soberanismo defensivo”, el así denominado Poder Reformador estaría autorizado para realizar cualquier clase de modificación a la Constitución, aun cuando tales reformas resultasen violatorias de derechos humanos (así ocurrió ya en nuestro país cuando el 18 de junio de 2008, se constitucionalizaron tanto el arraigo como la prisión preventiva en su vertiente oficiosa —la prisión preventiva, “a secas”, fue incorporada a nuestro orden jurídico al entrar en vigor la Constitución de 1917—). Es relevante mencionar que la Corte IDH recientemente emitió dos resoluciones que limitan severamente la aplicación de estas figuras: la primera de ellas, en el *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, y la segunda, en el *Caso García Rodríguez y otro*.

Sin ahondar en el *iter procesal* de ninguno de estos dos asuntos (por exceder el propósito de este trabajo), puede decirse que en la sentencia del caso *Tzompaxtle Tecpile y otro vs. México*, sobre la figura del arraigo y de la prisión preventiva (de la manera en que había sido aplicada por el Estado mexicano), la Corte IDH determinó su inconventionalidad.³⁰ Lo cual fue ratificado en la sentencia del *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, pero ahora refiriéndose al

²⁸ Versión taquigráfica de la sesión del 5 de septiembre de 2022..., *cit.*, p. 49.

²⁹ Versión taquigráfica de la sesión del 22 de noviembre de 2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 29 y 30, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-11-23/22%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva%202022.pdf> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

³⁰ Corte IDH, *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y cos-

arraigo y ya no a la prisión preventiva “a secas”, sino específicamente a la prisión preventiva en su vertiente oficiosa.³¹

Sobre la prisión preventiva en su vertiente oficiosa, la Corte IDH estatuyó que: “en lo que se refiere a la figura de la prisión preventiva oficiosa, esta Corte ordena al Estado [...] adecuar su ordenamiento jurídico, incluyendo sus disposiciones constitucionales, para que sea compatible con la Convención Americana”.³² En el *Caso García Rodríguez* se determinó que la prisión preventiva en su vertiente oficiosa es inconvencional y, en consecuencia, debe ser expulsada del orden jurídico nacional, incluyendo, desde luego, la disposición del artículo 19 constitucional. Al dictar sentencia en el *Caso García Rodríguez y otro*, la Corte IDH reiteró las consideraciones que había emitido en el fallo el *Caso Tzompaxtle Tecpile* (en relación con la inconvencionalidad del arraigo), y de manera explícita señaló que las adecuaciones al orden jurídico nacional, que debía llevar a cabo el Estado para dejar sin efecto la figura del arraigo, incluían disposiciones de carácter constitucional.³³

Lo anterior confronta lo resuelto por la SCJN en torno a que la constitucionalidad de una y otra figura era indiscutible, por haber sido incluidas por el “Poder Reformador” en el texto constitucional, “en ejercicio de la soberanía del Estado”. Resulta indiscutible que nuestro país debe apartarse por completo de la aplicación no solo del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa, así como de la aplicación arbitraria de la prisión preventiva, sino que debe dejar atrás el empleo de las así llamadas restricciones expresas. Justamente la Corte IDH también ya declaró inconvencionales a las restricciones expresas (que emanan del llamado “soberanismo defensivo”):

Lo anterior resulta aún más problemático [la aplicación del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa] debido a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México en la contradicción de tesis 293/2011, por medio de la cual aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales, entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y

tas, sentencia del 7 de noviembre de 2022, Serie C, núm 470, párrs. 216 y 217. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

³¹ *Caso García Rodríguez y otro*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de enero de 2023, Serie C, núm. 470. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf

³² *Ibidem*, párr. 301.

³³ *Ibidem*, párr. 300.

las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[...] En ese sentido[...] el Estado mexicano podría estar incumpliendo obligaciones internacionales que se comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales como la Convención Americana y las decisiones de la Corte Interamericana que son de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte.³⁴

Adicionalmente y previendo que una reforma constitucional puede ser tardada y compleja (además de que depende de la voluntad política existente), recordó que “las autoridades internas, al aplicar las figuras del arraigo o de la prisión preventiva, deben ejercer un adecuado control de convencionalidad para que las mismas no afecten los derechos contenidos en la Convención Americana de las personas investigadas o procesadas por un delito, atendiendo el principio *pro persona*”.³⁵ Por tanto, es deseable que la SCJN se aleje de manera definitiva de este “soberanismo defensivo” que no ha hecho más que socavar la protección efectiva de los derechos de las personas.

No solo la SCJN, sino el Estado mexicano en su conjunto, atraviesa por un momento definitorio: debe decidir si incumple con lo resuelto por la Corte IDH en lo relativo al arraigo, la prisión preventiva y la prisión preventiva oficiosa, violentando así sus obligaciones internacionales, o, por el contrario, si se aparta de las normas y prácticas violatorias de derechos humanos que ha venido implementando y reafirma la efectiva aplicación de derechos humanos de fuente internacional en beneficio de las personas sujetas a su jurisdicción.³⁶

Por último, no debe olvidarse que la soberanía del Estado no puede ubicarse nunca por encima de la dignidad de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, justamente el sistema internacional tiene por objetivo la protección de la dignidad humana que es el fundamento de la actividad estatal, en países democráticos de derecho. Por ello es prioritario que el Estado mexicano sepulte la doctrina del “soberanismo defensivo”.


³⁴ Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de enero de 2023, Serie C, núm. 470, párr. 176. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf

³⁵ *Cfr. Caso García Rodríguez y otro...*, cit., párr. 303.

³⁶ Al momento de la redacción de este trabajo, se encuentran pendientes por resolver por parte del Tribunal Pleno de la SCJN, los expedientes Varios 1/2023 y 3/2023, para analizar y determinar la forma en que el Poder Judicial de la Federación debe participar en la ejecución de las sentencias condenatorias dictadas por la Corte IDH en los casos *Tzompaxtle Tecpile y otro* y *García Rodríguez y otro*, respectivamente; el primero de ellos bajo la ponencia del ministro Luis María Aguilar Morales, el segundo, bajo la ponencia del ministro Pardo Rebolledo.

México ratifica Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Alfonso Mendoza Juárez

 <https://orcid.org/0000-0001-8554-0310>

Universidad Nacional Autónoma de México, México
Correo electrónico: mendozajuarezalfonso@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.17684>

El 10 de enero de 2023 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, el Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CID-HPM), adoptada en Washington D.C., Estados Unidos de América, el 15 de junio de 2015,¹ mediante el cual se hace del conocimiento público que dicho instrumento internacional fue firmado por el presidente de la República y ratificado por la Cámara de Senadores, conforme a los artículos 89, fracción I, y 76, fracción I. En consecuencia, esta Convención forma parte del actual parámetro de regularidad constitucional, establecido en el artículo 1, párrafo primero de la Constitución mexicana, que debe ser utilizado por parte de toda autoridad, con independencia de su naturaleza administrativa, legislativa, judicial o como organismo constitucional autónomo, o de si es federal, estatal o municipal. Lo anterior, también va en armonía con el artículo 1o., párrafo cuarto, de la CIDHPM que refiere su aplicación a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.²

¹ *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 2023, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5676647&fecha=10/01/2023#gsc.tab=0

² En el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos* ante la Corte Internacional de Justicia en el cual se discutió sobre los derechos consulares de nacionales mexicanos, uno de los argumentos alegados era que debido a que no hubo algún medio interno emitido por el estado de Texas que hiciera aplicable la Convención de Viena sobre Relaciones. Para abordar más al respecto se sugiere la lectura de: Ferrer Ortega, Luis Gabriel, “El proceso y el legado del Caso Avena”, en Becerra Ramirez, Manuel (coord.), *Casos de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia. Fronteras*,

Si bien la Constitución mexicana prohíbe en su artículo primero la discriminación por cualquier motivo que atente en contra de la dignidad humana, no establece expresamente la protección diferenciada a las personas mayores. La única mención constitucional a las personas mayores de sesenta y ocho años se encuentra en su artículo 4, párrafo dieciséis, la cual refiere el derecho que tienen a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley.³ De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), de 2005 a 2020 la población de 60 años y más tuvo un notorio incremento y en algunos casos casi se duplicó,⁴ lo cual está relacionado al aumento de la esperanza de vida.⁵ La firma y ratificación de la Convención representa entonces un avance en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos de la población de ese grupo etario en aras de tomar medidas de distinta índole para asegurar su disfrute de una vida plena.

Esta Convención dividida en siete capítulos y 42 artículos tiene por objeto, entre otras cosas, reconocer la participación y la necesidad de promover medidas tendientes a la inclusión de las personas mayores en la comunidad, siendo una de ellas el consentimiento libre e informado, y uno de sus principios la responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como su cuidado y atención; artículo 3, inciso o. Para ello, se adoptarán medidas de divulgación y capacitación de la Convención, fomentar una actitud positiva de la vejez y programas de sensibilización a la sociedad en general; artículo 32, incisos a, b y c.

conflictos armados, derechos humanos y medio ambiente, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 485-536.

³ Artículo reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2020.

⁴ De acuerdo con la clasificación de información del INEGI estratifica a los grupos etarios por 5 años de vida encontrándose casi una duplicación de los grupos de 60 a 94 años, sin embargo, los grupos de 94 a más de 100 no siguen esta tendencia. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Poblacion_Poblacion_01_e60cd8cf-927f-4b94-823e-972457a12d4b

⁵ No obstante que existe un incremento en la población mayor a 60 años, debe tomarse en cuenta que en marzo de 2020 se hizo la declaratoria de medidas sanitarias por la pandemia mundial COVID-19, lo que puede generar una modificación a la tendencia de incremento de este sector poblacional en el próximo censo.

Para asegurar su cumplimiento, los Estados parte deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la CIDHPM, como pueden ser el aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, infantilización y tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, lo cual se hará con una perspectiva de género y diferenciada atendiendo a cualquier otra situación que pueda generar una discriminación, como situación migratoria, pertenencia a alguna comunidad indígena, entre otras; artículo 4o., inciso c, y artículo 5o., primer párrafo.

Los estereotipos y la percepción de la sociedad pueden generar una limitante para el ejercicio de los derechos de las personas mayores, principalmente en la integración al entorno familiar y la toma de decisiones conjuntas o individuales, como advierte la Encuesta Nacional de Envejecimiento de 2015. De acuerdo con dicha encuesta, un 62.3 % considera que las personas mayores son como niños, lo que conlleva a que no se tome en cuenta su opinión por tener una “personalidad infantil”.⁶ Por tanto, la CIDHPM privilegia la autonomía en la toma de decisión en conjunto con el consentimiento de la persona al tratarse su lugar de residencia y donde vivir, respecto a su salud y sobre los procedimientos médicos a los que puede ser sometido, sobre sus bienes, la participación activa y pasiva de sus derechos político-electorales, para lo cual, se reconoce su plena capacidad jurídica en igualdad de circunstancias a otras personas, y en caso de existir alguna limitante esta deberá ser de manera proporcional; artículos 11, 23, 27 y 30.

Otro aspecto a resaltar es que la CIDHPM pretende la integración a la sociedad de las personas mayores procurando romper la brecha digital generacional y geográfica, para lo cual se promoverá su participación en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social, su acceso a las diferentes tecnologías de información y comunicación (TIC), incluyendo redes sociales, y una educación y formación en el uso de las TIC; artículos 8, segundo párrafo, inciso b), 12, inciso c), I, y 20, inciso d).

Finalmente, y tal vez uno de los aspectos más relevantes de la Convención, es asegurar una vida sin ningún tipo de violencia en cualquiera de sus modali-

⁶ Gutierrez Robledo, Luis Miguel *et al.* (coords.), *Realidades y expectativas frente a la vejez. Encuesta Nacional de Envejecimiento*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 68 y 69.

dades, a recibir un trato digno, a ser respetada y valorada, a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, igualmente, su derecho a la privacidad en actos de higiene o en las actividades que desarrolle; artículo 9, 10 y 16. Para ello, además de una capacitación de las instituciones se promoverá la creación y el fortalecimiento de servicios de apoyo para atender los casos de violencia, maltratos, abusos, explotación y abandono de los que pueden llegar a ser víctimas; artículo 9, inciso c).

Reseñas

PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *Los medios jurisdiccionales de solución de controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, 356 pp.

Luis Lorenzo Córdova Arellano

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: lcordova@derecho.unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18963>

Esta nueva obra coordinada por la profesora Petrova no es complaciente con la doctrina *otanista*. Se trata de una oportuna actualización sobre un tema que ya ha desarrollado con acierto. Dividido en arreglo arbitral y arreglo judicial, sus ocho autoras y autores disertan en torno a sus antecedentes y funcionamiento, demostrando un dominio de los temas abordados y haciendo muy provechosa la lectura de cada uno de sus capítulos.

En una imponente introducción, que la proyecta para crear doctrina autorizada en derecho internacional, la profesora Petrova reflexiona sobre el papel de la guerra en el derecho internacional clásico y acerca del señero caso arbitral de Alabama de 1872, paso importante en el desarrollo de los mecanismos de solución pacífica de controversias, así como de la relevancia de la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales de principios del siglo XX que aportó innovaciones a estos mecanismos y creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en funciones desde inicios del siglo XX. Con estadística ilustra la labor de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que, si bien vio su función interrumpida durante la Segunda Guerra Mundial, constituyó un antecedente importante en la consolidación de la solución pacífica como principio estructural del orden internacional liberal de posguerra, consagrado en el artículo 33 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Petrova elabora magistralmente un análisis convencional, consuetudinario y doctrinal de cada uno de los mecanismos de solución pacífica, tomando en cuenta además sus antecedentes. Demuestra que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desencadenó la creación de múltiples tribunales internacionales a partir de la década de los noventa, coincidente con la implosión del campo socialista. Estos tribunales han desarrollado temas de derechos humanos, pe-

nales, económicos, marítimos, entre otros. Anota que la elección de juezas y jueces de la CIJ tiene un claro componente político, porque necesariamente requieren el voto a favor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (CS) de la ONU, resultando en la necesidad de transitar hacia una regulación más racional, o menos política, del sistema internacional.

Analiza la competencia de la CIJ, los tribunales regionales y la Corte Penal Internacional (CPI), comentando los tipos penales de su competencia y su relación con el *ius cogens*, en especial, la prohibición convencional y consuetudinaria del genocidio. Alude a la responsabilidad estatal e individual que acarrea el genocidio y a la facultad de los miembros permanentes del CS de referir una situación o individuo a la CPI, aunque la persona no sea nacional de un Estado parte del Estatuto de la CPI, práctica que califica con toda claridad como neocolonial. Especial mención hace de los tribunales penales híbridos, tanto internacionales como internos, como el Tribunal de los Jemeres Rojos, las Cámaras Especiales para Kosovo, el Tribunal Especial de Bosnia y Herzegovina, complementario del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Especial para el Líbano o la Corte Especial para Sierra Leona. En este apartado también se aporta un excelente panorama de la materia, a partir de una investigación rigurosa y seria.

Analiza los tribunales europeos, en especial, el devenir del hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), guardián de la integración comunitaria europea, que, a través de su jurisprudencia, impuso el criterio de efecto directo del derecho comunitario y la primacía comunitaria, logrando introducir este principio a nivel interno de los Estados que integran la UE. Comenta el funcionamiento de tribunales integracionistas en las Américas en el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur), de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) —esta inspirada en el TJUE— así como los tribunales regionales asiáticos, aportando un panorama del derecho de la integración en la región. Apunta que solo dos tribunales tienen competencia exclusivamente interestatal, siendo la excepción porque hay una progresiva apertura a la jurisdicción no estatal, que amplía la subjetividad internacional, que realizan especialmente los tribunales de derechos humanos. Los individuos son los principales judiciables de los tribunales penales internacionales, si bien estos tribunales no tienen competencia para responsabilizar penalmente a otros entes no estatales como empresas transnacionales, terroristas u ONG, sugiriendo la conveniencia de cuestionar la inimputabilidad de entes privados de influencia internacional. Se hace mención también de la justicia transicional,

pertinente para sociedades en conflicto, para sancionar y reparar violaciones graves y sostenidas de derechos humanos y promover la transición a la paz social. Se cuestiona que no haya tribunales especiales en materia ambiental. ¿Debemos seguir la tendencia a la especialización o recurrir a tribunales de carácter universal como la CIJ?

Señala que el arbitraje es el mecanismo privilegiado de arreglo de diferencias que surgen en las relaciones privadas internacionales, que los árbitros serían una especie de jueces privados que pueden funcionar de manera institucional o *ad hoc*. En materias de comercio e inversiones, las partes prefieren el arbitraje, que tuvo un auge vertiginoso en el siglo XX y las instituciones que lo auspician superan la centena. Este auge también se explica por la desconfianza de los inversionistas en los tribunales nacionales, percibidos como dependientes de los poderes ejecutivos. El arbitraje es una vía que tienen los inversionistas de escapar a las jurisdicciones nacionales, consideradas capturadas por poderes ejecutivos fuertes. Aunque también habría que discutir el poder de captura que tienen los poderes privados.

En la primera parte de la obra, se conceptualiza el arbitraje como un mecanismo extralegal en el que un tercero resuelve la diferencia y que goza de características propias que le distinguen de otros medios de solución como la mediación o la conciliación. El arbitraje permite que las propias partes decidan tanto el derecho como los árbitros. Se abordan las fuentes del derecho del medio arbitral en México desde un esquema muy útil (convencionales, legales y de autonomía de las partes). También proporciona un panorama de las instituciones que administran el arbitraje en México, enlistando las más relevantes tanto a nivel nacional como internacional. Con la apertura al comercio internacional, México hizo las adecuaciones legislativas necesarias para regular el arbitraje, una vez que ratificó diversos instrumentos internacionales. Se enumeran las cualidades que deben tener las y los árbitros (alejarse de motivos emocionales, con experiencia, entre otras), las alternativas para definir las reglas de procedimiento arbitral (sean las reglas legales, convencionales, consuetudinarias, contractuales, institucionales o especiales), los tipos de laudos, así como las diferencias entre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Anotan que los laudos arbitrales en México son generalmente aceptados y cumplidos y que ha habido una evolución positiva por parte del Poder Judicial mexicano que progresivamente reconoció la justicia arbitral y que el mecanismo arbitral mexicano ha ganado confianza en América Latina, posicionando a México como un centro arbitral importante en la región.

La obra también aborda la recusación de árbitros (por pertenecer a una misma barra de abogados, por haber manifestado prejuicios nacionales, por haber sido consejero de un Estado parte en la controversia, haber sido jurisconsulto de una de las partes, por reuniones previas con la parte que lo designó), así como los limitados mecanismos para impugnar sentencias arbitrales. Por tratarse de justicia privada, a diferencia de la jurisprudencia, los laudos arbitrales comerciales pueden permanecer secretos una vez dictado el laudo y no hay segunda instancia que corrija posibles errores jurídicos, no obstante, sigue siendo un mecanismo muy atractivo por su flexibilidad, aunque esta misma virtud dificulte la unificación y armonización de la jurisprudencia arbitral internacional. El control de las partes tanto de la constitución del tribunal arbitral como de las reglas arbitrales impide que se adopte el *stare decisis*, sin embargo, los árbitros recurren a criterios ya adoptados por la vía de la autoridad persuasiva. Pero en el arbitraje mixto, en especial, el que administra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), por tener un carácter público, sí se presta al desarrollo de un sistema de precedentes, aunque sin llegar al *stare decisis* arbitral, sino a una autoridad persuasiva no obligatoria.

Se analiza el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados contemplados en acuerdos de libre comercio. Se cuestiona que los intereses corporativos transnacionales se hayan puesto encima de los intereses nacionales donde se ubican las inversiones, señalamiento oportuno que invita a buscar el equilibrio jurídico entre los intereses de los inversionistas y los nacionales. Se asienta que los acuerdos de libre comercio son una evolución de los acuerdos de amistad, comercio y navegación originados en relaciones asimétricas y que los acuerdos bilaterales de inversión (*Bilateral Investment Treaties*, BITS) son precursores de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Con la intención de protegerse contra medidas discriminatorias, injustas, como de expropiaciones abusivas, Alemania inauguró con Pakistán los acuerdos bilaterales de promoción y protección de las inversiones (BITS), y, por su parte, Pakistán se protegía de reclamaciones abusivas de daños o de la explotación de sus recursos naturales sin beneficio nacional. Aunque China cuestiona los BITS, ha adoptado el modelo estadounidense, si bien un poco más flexible. Desde los años noventa del siglo XX hubo una adopción vertiginosa de BITS pasando los 2000 en la primera década del siglo XXI. Los europeos y los chinos son los que más BITS han adoptado. Se evalúa el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como el pri-

mer acuerdo que da trato igual a países asimétricos, que introdujo innovaciones normativas como introducir normas en materia de propiedad intelectual y tener su propio mecanismo de solución de controversias que, para algunos expertos, representó una vulneración de la soberanía nacional. Con el TMEC, que sustituyó al TLCAN, se admitió que las empresas estatales son susceptibles de ser demandadas, abandonándose la inmunidad que les proporcionaba el TLCAN y se acota el tribunal *ad hoc*. Los TLC han dado muchas garantías a los inversionistas de países desarrollados, países proclives a recurrir al mecanismo arbitral contra Estados en vías de desarrollo obteniendo más del 70% de fallos a su favor y que cada vez más implican compensaciones muy costosas, haciendo del arbitraje un mercado muy lucrativo en perjuicio de países en vías de desarrollo, como México, que es el sexto Estado más demandado. Se cuestiona la pobre rotación de árbitros en arreglo de controversias inversionista-Estado poniendo en entredicho su neutralidad e imparcialidad. El mecanismo arbitral inversionista-Estado es muy lucrativo y prácticamente se “protege”, por ejemplo, a empresas mineras contra medidas de protección ambiental y sanitarias, lo que es un llamado a que el mecanismo arbitral esté limitado por el interés público. El mecanismo arbitral inversionista-Estado debe evolucionar para que las empresas puedan ser demandadas cuando violenten normas de derechos humanos, ambientales y sanitarias.

Sin complacencia se analiza la parálisis de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el embotamiento de su mecanismo de solución de controversias. Como Estados Unidos de América no ha podido influir en su mecanismo arbitral en la OMC, ha optado por un control indirecto a través de la designación de sus árbitros y, cuando esto no es posible, impiden sus nombramientos paralizando el sistema. Sugiere alternativas para salir de esta parálisis como adoptar un acuerdo plurilateral sin la participación de Estados Unidos (cuyo inconveniente es que precipitaría su retiro de la OMC), o que los Estados miembros se comprometan a no recurrir a la apelación y aceptar y cumplir el reporte del panel *ad hoc*. Se hace una crónica de la guerra comercial propiciada por el neoproteccionismo estadounidense impulsado por la administración de Trump ocasionando una explosión de controversias sometidas al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, un mecanismo que en su parálisis propicia el recurso de los Estados a las contramedidas y la muerte del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

En la segunda parte se analiza el arreglo judicial. Se analizan casos de recusaciones, el papel de expertos en procesos judiciales —limitado a los as-

pectos fácticos, reservando los jurídicos a las juezas y jueces— el papel de los peritos en diversas materias, como en peritajes psicológicos y psiquiátricos en casos penales. Analiza minuciosamente la figura del *amicus curiae* en los más diversos tribunales internacionales. Trata la posibilidad de los organismos internacionales de participar en los procesos ante la CIJ a través del *amicus curiae*. La CIJ ha negado sistemáticamente la participación de las ONG en calidad de *amicus curiae*. Apunta que los tribunales penales internacionales son proclives a admitir el *amicus curiae*. Lo mismo en sistemas regionales de derechos humanos y en el arreglo comercial. El *amicus curiae* amplía la subjetividad internacional por permitir la intervención de entes no estatales (ONG e individuos).

Se analiza el estándar probatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), un estándar casuístico y no homogéneo. Los estatutos de la CIJ y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) establecen que sus decisiones obligan a las partes, por lo que su jurisprudencia, aunque muy influyente, en principio tiene sólo valor relativo (obliga a las partes respecto del caso), relatividad que se explica por la cultura romano-germánica del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, cultura que limita el papel creador del juez. Pero la actividad interpretativa de juezas y jueces, que es más que una simple aclaración de significados, es en realidad una función creadora del derecho. Las juezas y jueces crean derecho al determinar la existencia de una norma consuetudinaria o llenando lagunas jurídicas. Por otra parte, como no hay jerarquía entre tribunales internacionales, no hay precedente obligatorio, pero la jurisprudencia internacional posee una autoridad persuasiva, informativa y orientadora. La jurisprudencia es una función creadora del derecho.

Se analiza el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH, calificado como un “asunto descollante” de meditación y actuación de juzgadores, académicas y académicos. Se comenta el papel que deben tener los jueces *ad hoc* en la Corte IDH y se sugiere la adopción de una convención interamericana del debido proceso fundado en la jurisprudencia interamericana. Al comparar la Corte IDH con la europea, se defiende la tesis de que aquella ha construido un régimen propio tomando en cuenta las condiciones de la región. También se comenta la justiciabilidad ante la Corte IDH de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA), que regulan el derecho a vivir dignamente. Cuestiona la división de los derechos humanos en generaciones, pues para ser justiciables no dependen del momento en que hayan surgido. Se discuten casos de justiciabilidad directa de los DESCA que han

abierto un agujero al paradigma tradicional del *soft law* (una especie de sustrato ético en vías de ser obligatorio) como derecho declarativo no vinculante. Se reflexiona la relación entre el *soft law* y el *ius cogens*. ¿El *soft law* hará evolucionar el *ius cogens*? El *soft law* sería un auxiliar tanto del *hard law* (derecho como tal) como del *ius cogens*, que debe tener como horizonte los principios pro persona y certeza jurídica.

Se abordan los elementos del crimen en la competencia de los tribunales penales internacionales, que afortunadamente tendieron a excluir la responsabilidad colectiva, porque la responsabilidad penal no se define por ser integrante de un grupo. En cuanto a la consciencia o conocimiento de los hechos delictivos, de las conductas criminales generalizadas se desprende el conocimiento de los mismos del mando militar. La obediencia debida no excluye la responsabilidad, aunque podría ser una atenuante. Se anota que el tipo penal de genocidio protege a ciertos grupos de su exterminio, el de lesa humanidad protege a la población civil de la persecución y el de crímenes de guerra protege a los no combatientes (civiles). Se analizan los proyectos de 1991 y 1996 de Estatuto de la CPI, sus aportes y diferencias. El proyecto de 1991 introdujo innovaciones importantes que fueron acotadas por el proyecto de 1996, más cercano a la costumbre, es decir, no se privilegió una codificación innovadora del derecho penal internacional. También se analizan los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) y su aporte en la constitución de la CPI. Estos tribunales fueron relevantes para entender el comportamiento judicial del genocidio, sobre todo el TPIR. No se omite comentar la facultad del CS para crear tribunales penales *ad hoc*, adoptando la tesis de la validez de su constitución, lo que podría discutirse. Se estima que la constitución de los tribunales *ad hoc* TPIY y TPIR no violó el principio de legalidad puesto que los tipos penales de su competencia ya eran fuente de derecho internacional, eran costumbre internacional.

Contundentemente se califica de neocolonialista a la CPI, que parece una corte para enjuiciar africanos. El concepto de “responsabilidad de proteger” se convirtió en un mecanismo de dominio neocolonial. Se reflexiona si la CPI en realidad es una forma de legalizar el cambio de regímenes políticos internos desde el exterior. La obra no es en absoluto complaciente con la Organización del Atlántico Norte (OTAN), cuyas operaciones militares, como en el caso de Libia, suponen un apoyo faccioso a una de las partes en conflicto mediante suministro de armas y ejecución de objetivos militares violando resoluciones del CS. Se propone reformar el Estatuto de la CPI para evitar

prácticas neocoloniales —erradicándolas—, para que la justicia penal internacional cumpla su función de proteger los derechos humanos de las víctimas de la barbarie permanente. Invitamos a lectoras y lectores a consultar esta obra. Enhorabuena a su coordinadora, promesa del derecho internacional, así como a las autoras y autores.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (coord.), *Valores (y temores) del Estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 347 pp.

Emiliano J. Buis

 <https://orcid.org/0000-0002-8138-1962>

Universidad de Buenos Aires. Argentina
Correo electrónico: ebuis@derecho.uba.ar

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18964>

Son muy pocos aquellos libros jurídicos que, sin perder la rigurosidad de un análisis centrado en las instituciones del derecho, interpelan de modo directo a los peligros que atraviesan nuestros frágiles sistemas democráticos actuales. El volumen colectivo que aquí se reseña, dirigido por la profesora Petit de Gabriel de la Universidad de Sevilla, integra ese selecto conjunto de obras que aportan a comprender los cruces inescindibles entre el derecho y la política.

Como indica la introducción a cargo de la directora (pp. 17-35), el texto *Valores (y temores) del Estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional* es el resultado de un esfuerzo colectivo materializado en torno de un proyecto de investigación financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía en el marco del programa operativo Feder Andalucía 2014-2020. Se trató de un proyecto interdisciplinario en torno de la relación entre los delitos de opinión y la libertad de expresión que, bajo la dirección de las profesoras María Holgado González y Juana del-Carpio-Delgado, partió de la constatación de un aumento del número de sentencias condenatorias por delitos de opinión en el contexto español. Se trata, sin lugar a duda, de un fenómeno que en los últimos años se ha visto generalizado en diversas partes del mundo y que, por lo tanto, merece una reflexión particular como la que el libro ofrece.

Leídos en su conjunto, los diversos capítulos apuntan a un mismo fin: reforzar desde la protección de los derechos humanos una tutela efectiva de la libertad de expresión que, sin embargo, no permita el fomento de discursos de odio que afecten precisamente los derechos subjetivos de individuos

o grupos de personas afectados por esa violencia verbal. En este sentido, se trata de un material bibliográfico que, sin pretensiones de exhaustividad, consigue colmar una significativa laguna en nuestra lengua, proporcionando un análisis desde variadas miradas complementarias capaces de contribuir a una reflexión común que, a pesar de la pluralidad de lecturas e incluso de cierta contraposición de ideas entre las/os autoras/es del volumen, no deja de ser uniforme y consistente.

El libro está dividido en tres partes que parecen estructurarse y concatenarse de mayor a menor en términos de amplitud, como si de un *zoom* se tratara: la primera de ellas (“Un panorama global, en tres actos”) se ocupa de brindar un panorama amplio sobre el marco jurídico internacional; la segunda (“La triple perspectiva regional en cuatro tiempos”) se focaliza en un análisis de los instrumentos jurídicos vigentes en el contexto europeo, americano y africano, así como de la jurisprudencia surgida en el marco de cada uno de esos sistemas normativos; la última, finalmente, se ocupa del estudio de aspectos concretos del debate (“Cuestiones nuevas y antiguas en la criminalización de la libertad de expresión”).

El primer capítulo (pp. 43-56), a cargo de Fabián Salvioli, analiza la antítesis entre la manipulación de los límites a la libertad de expresión, propia de gobiernos antidemocráticos interesados en vulnerar los derechos subjetivos de ciertos sectores de la población, y la necesaria criminalización de aquellos actos de violencia que, mediante el discurso, apuntan a afectar esos mismos derechos adquiridos. Mediante un detallado estudio acerca de los alcances de los mecanismos de protección establecidos en el ámbito del derecho internacional, el autor explora los modos en que esa antítesis fue trabajada por diversas sentencias e informes de comités en el marco de las Naciones Unidas.

Casilda Rueda Fernández explora, en el segundo capítulo (pp. 57-71), el problema del discurso de odio desde una óptica del derecho internacional penal, particularmente a la luz de la figura de la “incitación para cometer genocidio”. A través del análisis de casos específicos, la autora explica con detalle la distancia que existe entre concebir la incitación como una forma de participación penal o como un tipo criminal propio.

También se ocupa del derecho internacional penal la contribución que, en el capítulo tercero, firma Juana del-Carpio-Delgado (pp. 73-109). Su interés, sin embargo, no radica en pensar los discursos de odio desde el tipo del genocidio sino desde los crímenes contra la humanidad. Retomando los primeros avances del Tribunal de Nuremberg y de cortes domésticas, la autora

se centra en la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* creados en la década de los noventa por el Consejo de Seguridad de la ONU y se lamenta que, en función de esos antecedentes, no se haya avanzado en el marco de la Corte Penal Internacional para lograr definir los discursos de odio como un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.

En el caso de los trabajos que apuntan a las perspectivas regionales de protección, Andrés Rousset Ciri y Cintia Bayardi Martínez (pp. 113-135) inician la segunda parte ocupándose de analizar un caso muy particular de limitación a la libertad de expresión (y negacionismo), referido al genocidio ruandés y examinado en el contexto de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El estudio del caso *Ingabire Victoire Umuhoza* les permite plantear reflexiones críticas en torno de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo que se refiere a la noción de criminalización de la libertad de expresión) y de los efectos de la decisión alcanzada.

En el capítulo quinto, Julieta Morales Sánchez (pp. 137-167) examina con precisión la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a estas conductas. En particular, el relevamiento de los casos estudiados (entre 1985 y 2021) le permite a la investigadora comprender el tratamiento dado a la persecución de periodistas, situación que ha generado en distintos países del continente americano diversas acciones judiciales relacionadas con la afectación de la libertad de expresión. Resulta interesante en esta contribución la referencia al control de convencionalidad en la materia.

En relación con el contexto europeo, el capítulo sexto a cargo de Carmen Quesada Alcalá (pp. 169-196) presta atención al papel jurídico que juega el Consejo de Europa en la puesta en práctica de esfuerzos regionales destinados a la persecución penal de los crímenes de odio. Analizando algunos ejemplos jurisprudenciales, se examinan las múltiples relaciones que se van tejiendo entre el accionar de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a los múltiples dispositivos disponibles (por ejemplo, el *soft law*) para controlar esas acciones que afectan a la libertad de expresión.

El trabajo de Daniel González Herrera que sigue a continuación, como capítulo séptimo (pp. 197-237), complementa de modo armónico las conclusiones del análisis previo. Mediante una incursión en las variadas herramientas jurídicas de la Unión Europea, examina cómo se fue avanzando en una regulación cada vez más compleja susceptible de lidiar con los fenómenos más recientes de las redes sociales y los servicios audiovisuales digitales. Si bien el

trabajo profundiza en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, la aproximación del autor permite comprender en un grado más amplio los desafíos que, para muchos Estados europeos, representa la incorporación estatal de la tipificación correspondiente.

En la última parte del libro se recuperan algunos de los temas sugeridos por los estudios incluidos en los primeros siete capítulos y se exploran otros, a los efectos de dejar señalados los futuros riesgos que puede acarrear un orden normativo que no sepa legislar adecuadamente en la materia, evitando criminalizaciones injustificadas, pero dejando siempre un margen para penalizar las manifestaciones discursivas que atentan contra el ejercicio de los derechos.

En el caso del capítulo redactado por Iraida Angelina Giménez (pp. 241-263), se muestra de modo patente cómo han irrumpido las redes sociales en nuestro mundo, y de qué modo el marco jurídico existente ha debido, no sin dificultad, ir adaptándose a esa nueva realidad. La regulación discrecional o arbitraria del acceso a cierto contenido de Internet, por ejemplo, se presenta como un inconveniente paradigmático de este contexto en que, claramente, resulta imprescindible adaptar los viejos principios a las modalidades propias de las nuevas tecnologías. La autora, de modo contundente, reconoce la necesidad de asegurar siempre una interpretación amplia de la libertad de expresión que sólo autorice limitaciones en casos muy particulares que deben ser escudriñados de modo restrictivo.

Libia Arenal Lora (pp. 265-307), por su parte, también se ocupa de estos fenómenos recientes, pero en vez de ofrecer una mirada genérica, se ocupa de un caso específico de sumo interés para ilustrar las complejidades inherentes al binomio libertad de expresión/limitación del discurso de odio: la eventual responsabilidad de una compañía privada (en este caso, Meta/Facebook) en el marco de la comisión de actos de genocidio contra la población *rohingya*. Partiendo del caso bajo estudio en torno de la responsabilidad estatal de Myanmar, la autora examina demandas presentadas, por parte de Gambia, contra la empresa ante tribunales domésticos estadounidenses.

Por último, David Martín-Herrera (pp. 309-333) retoma un debate tradicional —el referido a la relación entre la libertad de expresión y la dimensión moral-religiosa— para mostrar que se trata de controversias que están muy lejos de haber sido superadas. Un estudio de la jurisprudencia de diversas instancias jurisdiccionales, a nivel nacional y regional, que se han dedicado a resolver casos al respecto (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Suprema de los Estados Unidos) revela profundas divergencias de aproximación. Ello, en definitiva, da cuenta de que se trata de interpretaciones que, necesariamente, se encuentran afectadas por circunstancias propias que, desde una menor o mayor liberalidad, permiten decodificar la tensión entre la libertad de expresión y sus límites desde fundamentos que no siempre coinciden.

Como puede advertirse a través de esta sintética —y necesariamente injusta— aproximación a cada uno de los capítulos, la obra nos enfrenta a una panoplia de posicionamientos jurídicos sobre un tema apasionante. Petit de Gabriel ha logrado coordinar un libro que, desde la polifonía, nos obliga a repensar en torno de antiguas discusiones con nuevos lentes. Las/os once autoras/es que han escrito para este volumen, provenientes de España, Argentina, México y Venezuela, dejan su impronta en cada una de sus oraciones, sin que ello implique que se pierda de vista una profunda homogeneidad de criterios. La riqueza de esta obra no solamente estriba en esa multiplicidad coherente de miradas, sino además en la actualidad de sus reflexiones y en la pluralidad de sus intereses disciplinarios (derecho internacional general, derechos humanos, derecho internacional penal, derecho europeo).

Se trata de un material que, sin ninguna duda, sabrá ser aprovechado por quienes lo lean y lo examinen. Porque nadie que se interese por la expresión de ideas (una característica que, a menudo, damos por sentado quienes nos dedicamos al ámbito académico) puede permanecer incólume frente a múltiples instancias de avasallamiento de las opiniones contrarias. Debemos celebrar este texto, además de por su excelente contenido, porque en definitiva, su publicación es fiel a su propio objeto de análisis: consigue fomentar un debate amplio y profundo sobre aquello que nos rodea. Y ese debate, que trae consigo un sano intercambio de ideas, siempre es la más rica manifestación del verdadero ejercicio democrático.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Educación jurídica en Occidente: una historia cultural*, Valencia, Tirant Humanidades, 2022, 153 pp.

Nuria **González Martín**

 <https://orcid.org/0000-0001-5139-0772>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: nuria.gonzalez98@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18965>

Cada otoño desde 2012 busco la oportunidad de reunirme con el profesor Pérez Perdomo en Stanford Law School y este 2022 no fue la excepción. En dicha ocasión, nos vimos con regalo en mano: un manuscrito con dedicatoria incluida. La primera frase que intercambiamos en torno a éste su último libro al momento fue: “Siento que toda la vida estuve preparando este libro”. Y ello, saliendo de él, no es una sentencia inocua.

Para poder entender tamaña aseveración conviene compartir que Rogelio Pérez Perdomo inició su formación académica de posgrado en París. Michel Villey fue su profesor de Historia de la Filosofía y orientó su tesis entre 1964 y 1966. De regreso a Caracas, nuestro autor continuó trabajando en su tesis francesa, sobre filosofía jurídica española del siglo XVIII, un tema que parecía ser más del interés del profesor Villey que del interés de nuestro querido Rogelio, quien decidió enfocarse más bien en la argumentación jurídica y que de hecho, con Villey como editor general de los *Archives de Philosophie du Droit*, publicó en 1971 el artículo titulado “L’argument d’*autorité* dans le raisonnement juridique”. A este punto, Pérez Perdomo ya sabía que su inclinación pasaba por acercarse a la argumentación y a la historia social del derecho. Con este recorrido más que interesante y necesario para ir perfilando temas de interés y pasiones personales, Pérez Perdomo realizó en 1975 su tesis doctoral en la Universidad Central de Venezuela, como digo, sobre historia social del derecho, bajo el título “El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano”. Ya con anterioridad, al cursar una maestría en Harvard University hacia el año de 1972, había tenido la oportunidad de conocer, de primera mano, cómo se enseñaba el derecho en las escuelas de derecho norteamericanas.

Su perfil, definitivamente, ya se había estado fraguando y así, uno de sus primeros trabajos sobre educación jurídica lo presentó en un Seminario en Italia, en 1973, el cual fue publicado con el profesor Alessandro Giuliani, profesor de Perugia y Roma, interesado en teoría de la argumentación y la educación jurídica. El trabajo salió a la luz, bajo el título “Le discours du professeur comme modèle de raisonnement juridique” en el libro editado por Giuliani, *L'educazione giuridica* (1975). Dicho Seminario —y esta es una aseveración personal— marcó un antes y un después para nuestro autor, pues ahí conoció al que sería su gran amigo en las décadas por venir, el profesor John Henry Merryman.

Rogelio siempre refiere y agradece que Merryman lo incluyera, pasados algunos años y estando ya Rogelio como profesor visitante en Stanford Law School, en su gran obra *The Civil Law Tradition*,¹ admirada por todos los estudiosos de la materia y muy especialmente por Pérez Perdomo. Se trata de una obra traducida a una multitud de idiomas y que tiene algo esencial, pues trata un tema de máxima importancia tan solo en unas 100 páginas. Un libro magnífico, corto, que explica lo que significa el derecho, la transformación del derecho en occidente desde el derecho romano hasta el presente. Y eso es lo que quiere nuestro autor venezolano con su nueva obra, presentar un texto de derecho comparado que mira las dos tradiciones jurídicas de occidente, el *Common Law* y el *Civil Law* y que transita hacia lo que está ocurriendo en la actualidad, breve y claro. El reto es escribir lo que más destaca en pocas líneas, escribir sobre educación jurídica y sobre lo que está sucediendo en Latinoamérica. Este reto no es aislado, destacamos la obra *Law in Many Societies*,² acompañado de los más grandes, junto a él, Lawrence M. Friedman y Manuel Gómez. En lo personal, aprovecho la oportunidad para expresar mi más genuina gratitud por presentarme y acercarme a mis queridos profesores Merryman, Friedman y Gómez.

En la obra que reseño, la noción de Occidente cobra una relevancia especial, de hecho, pareciera que no es posible una comprensión total de la familia

¹ Merryman, John Henry, *The civil law tradition*, 3a. ed., Stanford, Stanford University Press, 2007. Traducido al español como *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 2014. Rogelio Pérez Perdomo, por encargo del profesor Merryman, actualizó el texto a partir de la tercera hasta la actual cuarta edición. Desde el fallecimiento del profesor Merryman, en 2015, la actualización la realiza él solo.

² Friedman, Lawrence, Pérez Perdomo, Rogelio y Gómez, Manuel, *Law in many societies*, Stanford, Stanford University Press, 2011.

jurídica romano-germánica, o *Civil Law*, sin una referencia a la tradición del *Common Law*, dadas sus similitudes que provienen de una atenuación de las diferencias que dividen los ordenamientos del *Common Law* y del *Civil Law*, y de una matriz cultural común que permite hablar de una tradición que engloba a ambas familias para así constituir la “tradición jurídica occidental”, una idea que va también inmersa en la clásica obra de Harold J. Berman.³ Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales; en definitiva, una noción de occidente como las desarrolladas en Europa y en el continente americano y la influencia de origen y la adaptación actual, sobrevenida, entre ambas familias jurídicas. Similitudes que la unen más que nunca conforme la transnacionalidad, la mundialización, la globalización o el ser cosmopolita se presenta como lo más presente sin ningún atisbo de futurismo. La movilidad estudiantil y la transformación de las escuelas de derecho es patente.

Con todo este prolegomeno, me posiciono ya en el contenido a través de la estructura de la obra de Pérez Perdomo, en sus tres capítulos. En el primer capítulo, “La tradición romano-canónica y la América latina”, el autor expone de manera sucinta e intachable, la tradición romanista o romano canónica transitando, especialmente, por las transformaciones desde la Roma clásica y el impacto de la obra justiniana, el desarrollo de la enseñanza del derecho en las universidades del Medievo para dar paso a los cambios pergeñados en Europa y América Latina en su modernidad, es decir, se transita desde el siglo I a.C. hasta el siglo XX, destacando la relación entre la educación y ciertos aspectos puntuales del derecho.

El segundo capítulo, “La educación jurídica anglo-americana: tradición e innovación”, analiza la tradición anglo-americana. Se parte de Inglaterra y la educación jurídica a finales de la Edad Media hasta inicios del siglo XX, cómo se exporta dicha enseñanza del derecho a los Estados Unidos de América y cómo se transforma hasta llegar a la actualidad. Esto perfila, perfectamente, cómo la enseñanza y la práctica del derecho inglés (incluso la recepción del derecho romano continental que pudo tener en el propio Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) se transmite y se transforma en los Estados Unidos de América con métodos de enseñanza diferentes y esto es notorio en toda la obra reseñada a través de los diferentes profesores que fueron

³ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

influyendo por épocas hasta el presente. Quisiera destacar cómo la labor de la *American Law Institute*, a través de los diferentes *Restatements* que emite, “codifica” diferentes áreas del conocimiento jurídico con una influencia absoluta para la labor jurisdiccional y cómo ello se podría relacionar con acercamientos entre el *Common Law*, concretamente, el ubicado en los Estados Unidos de América, y el *Civil Law*, un derecho eminentemente legislado pero a su vez con progresos significativos en el uso de la jurisprudencia de sus supremas cortes muy al modo del más puro *Common Law*. Es evidente que los cambios son bidireccionales y ello puede ser, perfectamente, producto de la interacción entre países con diferentes sistemas jurídicos pero con intereses económicos/políticos de primer orden sin dejar de señalar el cruce de fronteras y con ello el intercambio de tradiciones/culturas jurídicas.

Precisamente, esta situación de exposición a cambios significativos es lo que permite dar entrada al tercer capítulo “Convergencias e interrogantes”. Como no podía ser de otra manera, analiza más que similitudes, las convergencias europeas y americanas dada la nueva concepción del derecho, su conocimiento y su práctica a través del papel de los profesionales del derecho y su adaptación a cambios radicales y rápidos. El ejercicio del derecho cambió, se ha hecho más patente su desarrollo, las firmas internacionales conforman redes de abogados con intercambio de clientes que necesitan asesoría en el que ponen en conexión ordenamientos jurídicos distintos del nacional o doméstico, en donde ser bilingüe y ser bicultural, es detonante del cambio pergeñado por una profesión tan tradicional como solía ser la abogacía. El derecho internacional —tanto público como privado—, así como el derecho internacional de los derechos humanos se tornan imprescindibles, su conocimiento teórico y práctico no se hace esperar sino que son esenciales para una empresa transnacional, así como para una familia internacional, transnacional y migratoria. El impacto de la educación jurídica, en el contexto de los Estados Unidos, como expresa Pérez Perdomo, es un hecho. El intercambio de estudiantes del *Civil Law* en un contexto de *Common Law* tiende a abrir puentes de comunicación y no es casualidad, pues “la globalización y la integración económica ha movido el tablero en ambas tradiciones”. La propia experiencia de Pérez Perdomo, como ya he anticipado, estudiante y profesor de las más prestigiosas universidades de ambos lados del hemisferio americano, co-profesor de grandes autoridades del derecho comparado, como son Lawrence M. Friedman o John H. Merryman, por mencionar a algunos, lo hacen protagonista y conocedor de primera mano del tema que nos compar-

te. Su cuidado, su esmero, su determinación y dedicación en la búsqueda de cada una de las fuentes primarias para poder apoyar sus postulados, lo hacen merecedor del más alto reconocimiento. Leer cada una de sus páginas con datos puntuales y detallados, de cada fuente, de cada autor, permite que sea un momento para el regocijo intelectual. No queda más que agradecer este deleite y aplaudir el tesón, la rigurosidad con que maneja una materia tan importante como necesaria.

Una obra que, tal y como la califica su autor, es de historia cultural apoyada en una gran y especializada bibliografía que tuvo como base la historia del derecho, filosofía del derecho, o historia de las ideas jurídicas, y siempre desde el análisis socio-cultural, pero creemos, incluso, que va más allá. Una historia de la educación jurídica que no pretende ser una historia cronológica sino más bien una introducción a una historia cultural y comparada del derecho. Se pone en diálogo la literatura utilizada por los profesores y estudiantes con testimonios de los diferentes actores con el objetivo de poder acercarse a un análisis de las ideas jurídicas del momento concreto. Y quién mejor puede realizar tamaño trabajo que alguien como Rogelio Pérez Perdomo que une la experiencia personal desde la década de los sesenta en los dos continentes de referencia. Es la posibilidad, como nunca nos habían brindado otra, de conocer cómo se estudia el derecho en ambos sistemas del *Common Law* y *Civil Law* desde la realidad y desde el conocimiento genuino.

Quiero dejar también patente cómo su obra, basada en la educación jurídica, toma como punta de lanza la tradición y con ella la transmisión de ideas y valores relacionados con el derecho y la sociedad, ello nos enlaza con la “unidad cultural” de René David —del cual fue discípulo también— cuando refiere, no literalmente, que dicha unidad cultural que define o clasifica a un determinado sistema jurídico o familia jurídica viene determinada por los siguientes elementos: 1) una tradición/historia común; 2) una filosofía y valores comunes, y 3) un orden de prelación de las fuentes, asimismo, común. En definitiva, los Estados, países u ordenamientos jurídicos que reúnan mínimamente estos tres elementos constitutivos de la unidad cultural, podrán encuadrarse en una misma familia jurídica, no obstante, hacemos la observación que hay excepciones muy marcadas y que clasificar forzosamente basado exclusivamente en esa “unidad cultural” a un sistema jurídico no es lo más idóneo pero sí es práctico cuando queremos tener un mapa “clasificador” que englobe familias jurídicas y en este caso, con más realce, dichos elementos calzan perfectamente con la propuesta definitoria de la educación jurídica

de occidente. Podría seguir ubicando elementos que hacen de este texto una contribución extraordinaria, una obra con una gran proyección, con una gran trayectoria que tiene un mérito añadido por su brevedad y claridad teniendo en cuenta que los hispanoparlantes, en general, no somos capaces de expresar en pocas palabras mucho conocimiento. El poner en la mira de las personas lectoras el contexto latinoamericano en sus páginas no sólo nos visibiliza como referencia imprescindible para la proyección de la educación jurídica en la región, sino que nos reta, nos desafía, hacia su proyección presente y de futuro.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María (ed.), *La contribución de la corte internacional de justicia al imperio del derecho internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas*, España, Aranzadi, 2023, 284 pp.

Manuel Becerra Ramírez



<https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: manuelbramirez5@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18966>

Es muy interesante observar que en los últimos años la doctrina de derecho internacional, desde diferentes lugares del mundo, se ha dado a la tarea de analizar la actuación de la jurisprudencia y el funcionamiento general de Corte Internacional de Justicia (CIJ). Si nos preguntamos por qué tanto interés de la academia por la CIJ, aventuraríamos una hipótesis: después del fin de la Guerra Fría, han aumentado en forma muy importante los casos que llegan a este alto tribunal; el sistema bipolar en donde dos poderes contrapuestos se veían con desconfianza y rivalidad no era un campo propicio para que los Estados sometieran sus controversias ante un órgano judicial. El aumento de los casos es perceptible, por ejemplo, en los múltiples casos de América Latina que se han ventilado ante la CIJ. Y esto es una buena noticia, pues significa que los Estados privilegian una vía pacífica para resolver sus controversias y además que el *corpus* jurídico internacional se ve enriquecido por ser la jurisprudencia una fuente auxiliar del derecho internacional. De acuerdo con esto, en el siglo XX la comunidad internacional se dio a la tarea de adoptar los grandes tratados internacionales que hoy son parte del acervo jurídico convencional internacional (como tres conferencias sobre derecho del mar, tres conferencias sobre derecho de los tratados, convenciones sobre derecho aéreo espacial y del espacio cósmico, etcétera), en este siglo XXI, no se vislumbra la negociación de un gran tratado internacional de carácter multilateral, pero sí la actividad intensa de tribunales internacionales como la CIJ, que con sus sentencias dan las pautas para extraer de ellas el derecho en acción.

En este contexto tenemos el excelente libro de investigación *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al imperio del derecho internacional en*

tiempos convulsos: aproximaciones críticas. Una de las primeras características de este libro es su toque crítico que ya se anuncia en su título. Precisamente la crítica hecha por expertos y expertas en derecho internacional hace que los estudios no sean meramente descriptivos y complacientes, por lo que su lectura despierta interés y provoca goce. El libro que reseñamos es parte de una serie de tres obras, dentro de una línea de investigación en donde antes están dos libros más: *Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia. Los desafíos de la Corte Internacional y las sinergias ente la Corte y otros órganos jurisdiccionales* (2021) y *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos* (2022). Este último libro se compone de ocho capítulos, cada uno de ellos escrito por un experto/a que le da un toque especial a sus análisis y comentarios.

El primero está desarrollado por la profesora Soledad Torrecuadrada, titulado “Los derechos humanos de Corte a Corte”. La autora hace un ejercicio, comparando la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) con la de la CIJ. Ella observa, de manera crítica, que los procesos ante la CPJI fueron, como regla general, más rápidos que los de la CIJ. Considera que la CIJ ha defraudado a la doctrina cuando se ha enfrentado a supuestos de extrema gravedad, como es el caso de los crímenes más severos en los que se ha acusado al órgano judicial principal de Naciones Unidas de no haber sabido ponderar la extrema gravedad de algunos de los hechos alegados como un elemento a tener en cuenta para descartar las inmunidades, tanto de jurisdicción como de ejecución, del mismo modo que al considerar las reservas a la convención contra el genocidio” (p. 59). Más adelante, en esa misma línea crítica, para la profesora Torrecuadrada el futuro de la CIJ es incierto, pues, por un lado, “se ha consolidado como órgano judicial con resultados muy favorables en lo que a solución de controversias interestatales en materia de fronteras se refiere [...]”. Pero, por otro lado, ha fallado cuando se ha encontrado con asuntos centrados en materia de derechos humanos (p. 62). Pero la autora no recomienda que la CIJ deje de ocuparse de asuntos en materia de derechos humanos, sino que debe de evolucionar para llegar a ser “un órgano judicial solvente capaz de impartir justicia real y no meramente formal en controversias que tienen su origen en la vulneración de los derechos humanos” (p. 62).

El segundo trabajo escrito por Alfonso Jesús Iglesias Velasco, “La invasión rusa de Ucrania y la Corte Internacional de Justicia”. Por supuesto, la guerra entre las dos naciones eslavas tiene una veta política, geoestratégica e histó-

rica, que no se puede soslayar aun cuando se trate de analizar los aspectos jurídicos del conflicto. La complejidad del asunto hace que éste no se pueda ver solo como un conflicto entre buenos y malos, como el análisis del autor nos lo hace ver. Por ejemplo, el autor menciona: “a lo largo de este trabajo han podido comprobarse las constantes injerencias de Rusia en los asuntos de jurisdicción doméstica de Ucrania desde su misma independencia en 1991, particularmente en su política de relaciones exteriores, como su posible adhesión a la OTAN o a la UE” (p. 103). Esta afirmación, por supuesto, no tiene sentido si se toma en cuenta sólo la relación entre Rusia y Ucrania. El autor lo reduce a una colisión entre dos conceptos claves: la igualdad soberana y la esfera de influencia. Así visto el conflicto, es claro que como juristas debemos de inclinarnos a favor de la primacía del principio de igualdad soberana que además es parte del orden público internacional, frente a un concepto de política internacional, la “esfera de influencia” que, de acuerdo con el autor, reclama Rusia. Para superar cualquier reduccionismo valdría la pena analizar otros elementos jurídicos como, por ejemplo, el acuerdo entre Estados Unidos y el Gobierno de Mijaíl Gorbachov, entonces presidente de la URSS, para que la OTAN no se extendiera a las fronteras de la URSS, posteriormente Rusia. Este acuerdo, que podemos calificar como *gentleman agreement*, es jurídicamente obligatorio, así como los Acuerdos de Minsk que no se cumplieron por Ucrania. Por otro lado, el autor menciona que hay una intervención de Rusia en los asuntos internos de Ucrania, y no menciona el permanente intervencionismo de los Estados Unidos en la región durante la “Revolución naranja” o el Euromaidan. Pongo eso sólo como ejemplo, para hacer énfasis en que el asunto es más complicado y requiere de un análisis de todos los elementos del caso de la guerra ruso-ucraniana, aunque no nos gusten. Si se adicionan estos elementos se podrá ver claramente que la guerra Rusia-Ucrania es un conflicto entre hegemonías, Occidente y Rusia. Para un análisis científico no sirve mencionar sólo con lo que simpatizamos y nos olvidamos lo que no acomoda a nuestro esquema de preferencia.

El tercer trabajo es de la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, María García Casas, *Ius ad Bellum: jurisprudencia, debates y transgresiones en el siglo XXI*. En este trabajo, también se analiza la guerra de Rusia-Ucrania, como punto de partida para el análisis del *ius ad bellum*, y en forma concreta lo que dice la jurisprudencia de la CIJ en relación con la respuesta en caso de un acto de agresión. Utilizando el análisis de la jurisprudencia, la autora critica de forma aguda el uso de la CIJ como parte de una estrategia en el ta-

blero del conflicto armado: “se trasgrede su interpretación y se desoyen sus decisiones, no se actúa dentro de los límites del *ius ad bellum* dibujados por su jurisprudencia, pero se busca su apoyo para legitimar pretensiones en los conflictos armados” (p. 121).

El cuarto trabajo tiene que ver con un tema teórico muy interesante, que es el de Carlos Gil Gandía, denominado “Momentum de la actio popularis y la Corte Internacional de Justicia”. Con entusiasmo leímos el trabajo del profesor Gandía, que plantea el reconocimiento de un orden público internacional, que nosotros hemos planteado en algún trabajo. Reconocemos que todavía falta más trabajo teórico, pero es positivo hablar del tema.

El quinto trabajo se titula “Un análisis de las Sentencia emitida el 17 de julio del 2019 (India v. Pakistán) tras los casos LaGrand y Avena” desarrollado por la profesora Jaqueline Hellman. La sentencia de la CIJ es parte de la serie de casos que ha conocido en diferentes continentes: en Europa el caso *LaGrand* y en América Latina el caso *Avena*, sobre la interpretación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Del análisis del caso, la profesora Hellman, nos ilustra que la CIJ en este caso concreto tiene avances importantes, pero todavía no dio el salto importante, que ya el jurista brasileño Antonio Cançado Trindade hacía notar: la CIJ no ha reconocido el derecho contenido en el artículo 36 como un derecho humano. En ese sentido, como decía la doctora Torrecuadrada, la CIJ queda a deber en materia de derechos humanos.

El sexto capítulo se titula “De la afinidad a la disparidad: una mirada a la problemática relación entre la Corte Internacional de Justicia y los Estados Unidos de América a la luz del derecho internacional hegemónico”, desarrollado por el profesor Juan Antonio Franco Valdez. El trabajo del profesor Franco tiene una muy buena elaboración; si bien nos recuerda el excelente libro colectivo Byers M., Nolte G. (ed.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, el trabajo de Franco tiene su propio desarrollo pues el análisis se hace a partir de la intervención de Estados Unidos ante la CIJ que es una relación oscilante, pues en sus inicios, después de las guerras mundiales I y II, Estados Unidos jugó un papel importante en la conformación de la organización internacional y después ha seguido una política de alejamiento no solo de la CIJ sino de la organización internacional, del multilateralismo y de los tratados internacionales multilaterales. En efecto, solo hay que ver cómo Estados Unidos no es parte de los grandes tratados internacionales contemporáneos (por ejemplo, Convención de Viena sobre Derecho de los

Tratados de 1969, III Convención sobre Derecho del Mar de 1982; Convención Sobre Biodiversidad de 1992), buscando un tratamiento diferenciado y privilegiado por eso impulsa los tratados de libre comercio de carácter bilateral. El autor espera que en esa oscilación la gran potencia regrese plenamente a “la institucionalización para avanzar sus intereses” (p. 204).

El capítulo VII se titula “La función consultiva de la CIJ al servicio de la lucha contra el cambio climático”, de la profesora Rosa María Fernández Egea. De alguna manera este trabajo está conectado con el anterior, pues ya que las grandes potencias no ponen mucha atención al derecho internacional, algunos Estados que están siendo afectados por el cambio climático están buscando crear derecho vía el *soft law*, como las opiniones consultivas, y ven a la CIJ como “un foro al que merece la pena recurrir para luchar por los derechos humanos y en favor de nuestro planeta. Eso no es poco y esperamos no defraude” (p. 235).

El último capítulo, el VIII, titulado “Juezas de la Corte Internacional de Justicia: impacto e incorporación de la perspectiva de género”, escrito por la profesora Eva María Rubio Fernández, es un trabajo bastante original que analiza el asunto de género en la composición de la CIJ. La autora no solo menciona que es necesario que haya más mujeres en la CIJ, lo que es evidente, sino que hace una investigación más profunda que dan material para reflexionar. Por ejemplo, la profesora Rubio afirma: “no obstante, en el caso de algunas juezas de la Corte, confluían la asimilación patriarcal y la neocolonial, pues todas ellas tienen formación anglosajona, en términos que nos evocan asociaciones con la discriminación intersectorial y que traen al discurso la idea de que la formación puede ser la responsable de la ausencia de aportación diferencial en lo relativo a la perspectiva de género” (p. 257). Esta es una observación muy adecuada que inclusive echa abajo el dogma de que los jueces de la CIJ deben de representar los principales sistemas jurídicos del mundo, cuando sabemos que son las metrópolis anglosajonas, las principales formadoras de juristas internacionalistas. Otra afirmación que llama a la reflexión es la siguiente: “vistas así las cosas parece que la aportación que están haciendo las mujeres a la Corte podría residir más en sus características personales, capacitaciones profesionales y procedencias geográficas que de su condición de mujeres. Y ante ello se pueden hacer referencias a que las mujeres expresan más fluidamente sus diferencias con lo establecido cuanto más elevado es su número (en lo que sería una consecuencia evidente derivada hoy de ciclos de exclusión, subordinación y reconducción conductual), o a

que el número de la «muestra» ha de ser mayor para poder colegir aportaciones que sean predicables respecto del conjunto de mujeres, si bien lo cierto es que lo indicado resulta una conclusión lógica” (pp. 267 y 268). Es decir, no es suficiente que las juezas sean mujeres para que hagan la diferencia, es necesario condiciones especiales. En suma, el libro que se reseña hace aportes importantes a la doctrina del derecho internacional y, por supuesto, su lectura es muy recomendable.

VILLEGAS DELGADO, César, *Crímenes de lesa humanidad en el siglo XXI: avances y retrocesos de la justicia penal internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2022, 317 pp.

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás



<https://orcid.org/0000-0002-8658-5884>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: karlovel@prodigy.net.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18967>

Hace poco más de tres lustros, tuve el gusto de reseñar para una prestigiosa revista europea el libro intitulado *Crímenes contra la Humanidad: la lucha por una justicia global*, del abogado penalista y defensor de derechos humanos Geoffrey Robertson, quien se destacó por la defensa de grandes activistas, como el escritor Salman Rushdie, y por la conducción de la demanda criminal que entabló *Human Rights Watch* contra el dictador Augusto Pinochet. Desde entonces, no había revisado una contribución tan seria, puntual y calificada sobre el tema, hasta que, recientemente, tuve en mis manos el texto en comento del profesor César Villegas, quien es catedrático en la Universidad de Sevilla.

Por muchas razones, se trata de una aportación relevante, original y aleccionadora para toda la comunidad académica, incluso más allá de los países de habla hispana. El libro presenta un aparato crítico actualizado y de excelente manufactura, con una bibliografía y fuentes de conocimiento que sobresalen por su selección, pertinencia y contenido crítico, como lo atestiguan 30 manuales de referencia, 26 monografías, 31 cursos de la Academia de Derecho Internacional y 54 artículos científicos, algunos de los cuales yo mismo he analizado y comentado a lo largo de muchos años de estudio, aprendizaje y enseñanza del derecho internacional penal.

Llama la atención que, a pesar de no contener un prólogo ni una hipótesis central expresamente dicha, la presentación o introducción que hace el autor es atractiva y sugestiva, de manera que, desde un inicio, los lectores se sienten motivados a seguir adelante y sumergirse de lleno en su lectura, pues está redactado con un lenguaje sencillo, sin perder propiedad y precisión en el uso del lenguaje especializado que se emplea en materia de derecho internacional

penal y humanitario. En términos metodológicos, se encuentra perfectamente sustentado, su vertebración capitular es pertinente y precisa, sus objetivos son claros y plausibles y las conclusiones son válidas y consecuentes.

Antes de pasar a describir el contenido de los seis capítulos en que está dividida la obra, que, cabe mencionar, está dedicada a la memoria del eminente jurista brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, conviene retomar una idea que el autor rescata del libro *Permanencia y cambios en derecho internacional* de Juan Antonio Carrillo Salcedo, útil para comprender su argumento central. Esta radica en que “el derecho internacional de principios del siglo anterior se configuró como un sistema jurídico regulador de las relaciones”, sobre todo políticas, entre Estados denominados civilizados, que “constituía el mínimo jurídico necesario para regular sus relaciones de coexistencia y cooperación, y de ahí que estuviera basado en los principios de soberanía e independencia de entidades políticas, los Estados, por encima de las cuales no existía autoridad alguna”. Como únicos sujetos del derecho internacional, los Estados eran los “creadores de las normas jurídicas internacionales pues la soberanía impedía la existencia de un legislador internacional, y a ellos quedaba confiada la aplicación del Derecho” en tanto el recurso a los mecanismos de solución pacífica y la competencia de las jurisdicciones se basaba en el consentimiento de los Estados que eventualmente serían partes de una controversia.

“La ejecución del derecho [...] quedaba igualmente en manos de los Estados, que, en ejercicio de su derecho de autoprotección o autotutela, eran incluso libres de recurrir a la guerra, al no existir en el derecho internacional de la época ni una instancia internacional a la que se atribuyese el monopolio del uso jurídico e institucionalizado de la fuerza, ni una prohibición del recurso a la guerra” (proscrito de las relaciones internacionales hasta 1928, por el Tratado Briand-Kellog). Más adelante, sin que las cosas hubieran cambiado en lo sustancial, las incipientes consideraciones elementales de humanidad serían un factor nodal de progreso en el ámbito jurídico internacional, sobre todo porque fueron el antecedente de algunas de las figuras jurídicas más revolucionarias del derecho internacional como, por ejemplo, la de la responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de ciertos crímenes internacionales, cuyo sujeto pasivo sería constituido por la humanidad en su conjunto (el sujeto “Humanidad”).

La renovación del derecho internacional logrado a partir de la segunda mitad del siglo XX y continuado hasta nuestros días, que presentaba signos de

una progresiva humanización, ofreció las condiciones necesarias para que se replanteara la asignatura pendiente de los crímenes contra la humanidad y su represión penal en el plano internacional. En este sentido, señala con tino el autor, se encuentra la primera definición internacional de los crímenes contra la humanidad contenida en el artículo 6o., inciso c, del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. Es, precisamente, a partir de ese momento que es posible hablar del nacimiento de los crímenes de lesa humanidad como categoría jurídica. Con esta primera definición este tipo de crímenes no han interrumpido su desarrollo dentro del derecho internacional, que ha sido relativamente progresivo. Dicha categoría jurídica quedó consagrada, después de más de sesenta años, por el artículo 7o. del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, un instrumento jurídico convencional, de carácter normativo y de alcances y pretensiones claramente universalistas.

De ahí que el objetivo de la obra del maestro Villegas Delgado busque, sobre todo, analizar el largo proceso de evolución de los crímenes de lesa humanidad como categoría normativa dentro del derecho internacional, así como su configuración actual en los primeros veinte años de funcionamiento de la CPI, y tras el establecimiento de una serie de tribunales penales internacionalizados, híbridos o mixtos, que se han instaurado para reprimir la comisión de determinados crímenes internacionales en el territorio de algunos países, precisamente, como alternativa a la justicia penal internacional de carácter autónomo y permanente.

Así, la contribución está dividida en seis capítulos. En el primero, se analizan las ideas fundamentales que fueron perfilando las condiciones necesarias para que una serie de conductas se consideraran como crímenes internacionales cometidos no contra los particulares sino contra la humanidad en su conjunto y respecto de los cuales era necesario establecer una serie de mecanismos para garantizar que los responsables respondieran ante la justicia. Se destaca el incipiente proceso de humanización del derecho internacional tradicional que supusieron las “consideraciones elementales de humanidad” y el principio civilizador de la responsabilidad penal internacional del individuo (mientras que la responsabilidad penal del Estado no se toca ni por asomo).

En el segundo capítulo, se analiza, principalmente, el Estatuto y la experiencia del Tribunal Militar Internacional para Nuremberg, como el de mayor repercusión en el ámbito internacional dado que su jurisprudencia fue desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a

través de los conocidos “Principios de Nuremberg”, que serviría de base para un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Se hace hincapié en que, a pesar de sus deficiencias, este conjunto de normas y experiencias penales pasaría a la historia por haber sido el primer tribunal internacional que tipificaría los crímenes contra la humanidad, naciendo así una nueva categoría de crímenes internacionales.

Dentro del tercer capítulo, se examina la evolución normativa de los crímenes de lesa humanidad, el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad-hoc* por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como órganos subsidiarios de éste para reprimir los crímenes internacionales que habrían sido cometidos tanto en la guerra de los Balcanes como en Ruanda. Destaca el hecho de que la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia rectificaría y admitiría que los crímenes de lesa humanidad no necesitan la conexión con un conflicto armado, y que lo que su Estatuto pretendía era acotar su propia competencia en un escenario complejo en el que era de sumo difícil calificar al conflicto armado de los Balcanes como interno o internacional (una conexión que el Tribunal de Ruanda no exigía básicamente porque el conflicto del país había sido interno). Lo relevante es que el trabajo desempeñado por ambos tribunales fue crucial para la evolución de los crímenes de lesa humanidad dentro del derecho internacional, pues con base en su jurisprudencia se pudo consolidar en éste el carácter autónomo de estos crímenes, es decir, que para su comisión no era necesaria su vinculación con un conflicto armado interno o internacional.

En el cuarto capítulo, se revisa a detalle el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, como un punto de llegada final en la evolución normativa de los crímenes de lesa humanidad dentro del derecho de gentes. Se plantea que si bien este instrumento supuso un verdadero hito dentro del derecho internacional penal por tratarse de un verdadero mecanismo convencional de carácter normativo y aspiración universal, y no una imposición de una serie de países vencedores de una guerra contra los vencidos, en realidad, a pesar de tratarse de un tribunal penal internacional de carácter permanente, lo cierto es que la evolución de los crímenes de lesa humanidad no se detendría con su tipificación en el Estatuto de la CPI, sino todo lo contrario, seguiría avanzando.

En el capítulo quinto, se desarrolla lo que el autor denomina “el punto de afirmación” de los crímenes de lesa humanidad en el ámbito internacional. Al efecto, se analiza la evolución de estos crímenes tras dos décadas de la entra-

da en vigor del Estatuto de Roma, pasando la lista en la experiencia de la CPI y en los tribunales que fueron constituidos para conocer los crímenes que fueron cometidos en Sierra Leona, Timor Oriental y Camboya, que habrían tomado como base la tipificación de los crímenes contra la humanidad contenida en el artículo 7o. del instrumento constitutivo de la CPI, pero adaptándolo a la realidad social imperante dentro del país o la región respecto de la cual tendrían competencia. De igual manera, su composición habría sido en parte nacional y en parte internacional, aplicando, del mismo modo, tanto el derecho interno como el internacional, concluyendo con una reflexión en torno al futuro de la jurisdicción penal internacional en la que se pueden identificar avances y retrocesos que nadie puede negar.

Para finalizar, en el capítulo sexto, que el autor denomina un tanto pesimistamente como “el punto de involución”, se revisan algunos escenarios de la realidad presente en los que se habrían cometido crímenes de lesa humanidad pero que, por distintos motivos o circunstancias, se habrían quedado al margen de la justicia penal internacional. Se trata de algunos casos en los que la comisión de crímenes de lesa humanidad habrían quedado fuera del ejercicio tanto de la jurisdicción penal interna del Estado como de la jurisdicción penal internacional. Ello por distintas razones, o bien porque en su comisión estuvo involucrado el propio Estado o bien porque se trataría de crímenes cometidos por Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o alguno de sus aliados estratégicos, llegándose así a estándares muy altos de impunidad. Tal situación sería una prueba más de que el camino de la justicia internacional es imperfecto, se encuentra inacabado y a ratos en franca reconstrucción.

Después de haber analizado los avances y retrocesos de la justicia penal internacional, transcurridas las dos primeras décadas del presente siglo y tomando como referencia el proceso de evolución de los crímenes de lesa humanidad como categoría normativa del derecho internacional, el autor de este excelente libro arriba a seis importantes conclusiones, de las cuales me parece destacable la sexta porque hace las veces de una invitación a la reflexión actual sobre el tema y a la vez de una prospectiva de su probable comportamiento en el escenario futuro del derecho internacional penal. Por ejemplo, se afirma con razón que la barbarie que la tipificación de los crímenes contra la humanidad ha pretendido combatir a lo largo de estos años, no ha cesado, sino que, por el contrario, tiende a aumentar. De tal suerte que aún queda mucho camino por recorrer en el arduo trayecto de la justicia pe-

nal internacional para que los buenos deseos que llevaron al establecimiento de la CPI sean una realidad, es decir, la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves que se siguen cometiendo actualmente constituyen una batalla que se tiene que librar a diario, en todas las latitudes, con todos sus episodios y en todas las existencias.

CARTES RODRÍGUEZ, Juan Bautista, *El sistema judicial africano de protección de los derechos humanos. Un análisis de las demandas individuales*, Navarra, Aranzadi, 2023, 552 pp.

Jorge Rodríguez Rodríguez

Universidad Complutense de Madrid. España

Correo electrónico: jorgro04@ucm.es

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18968>

La protección internacional de los derechos humanos es una de las ramas del derecho internacional que ha contado con más producción científica en las últimas décadas. Los conflictos armados y las amplias violaciones a los derechos humanos que, desgraciadamente, han venido asolando varios de los rincones de nuestra comunidad internacional, han propiciado que nuevas iniciativas en cuanto a la aplicación e interpretación del derecho internacional de los derechos humanos hayan sido promovidas desde la Academia. Como es y ha de ser siempre su obligación y razón de ser.

Sin embargo, el análisis de la práctica de los distintos sistemas de protección de derechos humanos venía encuadrándose en exclusiva en el universal, europeo y americano. De ese modo, son varios y muy prolíficos los estudios que abordan el funcionamiento de los Comités de Naciones Unidas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. E incluso, también aquellos que se centran en el modo en el que sus distintas jurisprudencias se entrelazan entre sí. Esto hacía, sin embargo, que existiese un hueco en el campo del cuarto sistema de protección en discordia: el africano.

En efecto, como bien se recoge en el prólogo (a cargo de la doctora Ana Gemma López Martín) a la obra del doctor Cartes Rodríguez, “faltaba [...] una obra jurídica de esta envergadura”. Y es que el interés por contar con un estudio del sistema africano de protección de derechos humanos no obedece únicamente a un vacío científico jurídico en la materia, sino que la propia realidad africana se encarga, tristemente, de recordarnos los desafíos que en materia de derechos humanos la región tiene pendiente. Esta obra bebe también de la necesidad de que la experiencia africana deje de estar arrinconada y pase al primer plano de la actualidad internacional.

Quien se acerque a esta monografía podrá encontrar un detallado análisis del funcionamiento interno del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos y de cuál ha sido su práctica hasta la fecha. Buceando dentro del libro, observamos que sus ocho capítulos se dividen como sigue. En una primera parte, entre los capítulos uno y cuatro, el autor analiza el nacimiento del Tribunal Africano, su composición interna, jurisdicción y competencia. Igualmente, aborda el mecanismo de presentación de demandas individuales, comparando sus requisitos con los de sus homólogos regionales, así como el desarrollo del procedimiento interno y las sentencias del Tribunal.

En la segunda parte, compuesta entre los capítulos cinco y siete, el doctor Cartes Rodríguez entra en el análisis de la jurisprudencia y práctica del Tribunal. Y lo hace en tres ejes. El primero de ellos, en lo que él ha denominado “aspectos particulares del sistema africano consagrados por el Tribunal”. Aquí podemos encontrar desde los denominados “derechos de los pueblos” (algo esencial para entender la perspectiva africana dentro de los derechos humanos), hasta el siempre obligado análisis de la fertilización cruzada entre los distintos sistemas de protección de derechos humanos. El segundo eje, y el que compone, seguramente, el elemento más innovador de esta monografía, gira alrededor de la jurisprudencia sustantiva del Tribunal. Este capítulo seis incluye un afinado trabajo del autor respecto a la interpretación dada a ciertos derechos recogidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “por su importancia cuantitativa y cualitativa”. De ese modo, encontramos estudios particularizados con respecto a las obligaciones generales de los Estados parte con respecto a la Carta, al principio de no discriminación, la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, los derechos políticos y electorales o los derechos de las mujeres y de los niños, entre otros. Como nota general, puede desprenderse, tal cual afirma el autor, que “en líneas generales, el Tribunal ha adoptado una jurisprudencia garantista y expansiva [...] llegando incluso, en ocasiones, a establecer unos estándares más elevados que sus homólogos regionales”. El tercer eje de esta segunda parte de la obra, está dedicado a las medidas de reparación aprobadas por el Tribunal. Y donde más allá del procedimiento en sí de adopción de las medidas, podemos encontrarnos con un estudio del tipo de reparaciones que han venido haciendo parte de la práctica del Tribunal, particularizándolas caso por caso y encuadrándolas en cada una de las modalidades generales de reparación seguidas por los Principios rectores aprobados en Naciones Unidas al respecto: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La tercera y última parte (capítulo ocho) de la monografía, queda dedicada a las diferentes propuestas de tribunales africanos: el Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos. Y es que la pertinencia de incluir este último capítulo no es baladí, pues, como bien nos relata el doctor Cartes Rodríguez: “en el seno de la UA, nos encontramos ante cuatro protocolos constitutivos de cuatro órganos jurisdiccionales diferentes”. Tres de ellos, con competencia sobre derechos humanos, pero de los cuales solo dos se encuentran en vigor; estando, eso sí, solo uno de ellos (el protagonista de esta obra) en funcionamiento. Los distintos análisis sobre sus divergencias o mejoras en cuanto a su proceder y competencia son especialmente resaltables como colofón a la monografía.

En definitiva, esta obra se erige, desde ya, en referencia indispensable para todo aquel que desee profundizar más en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos. Su refinado análisis jurídico sobre todas las cuestiones de interés que rodea al sistema africano de protección de derechos humanos invita a una sosegada lectura, pero no solo para aquellos que deseen acercarse al mismo desde un punto de vista teórico, sino también (y ello hay que ponerlo en valor) para los que deseen una visión práctica.

In memoriam

In memoriam Thomas Buergenthal

My childhood experience has had a substantial impact on the human being I have become, on my life as an international law professor, human rights lawyer and international judge.

Thomas BUERGENTHAL

A lucky child. A memoir of surviving Auschwitz as a young boy

Alguna vez se ha preguntado: ¿cómo reaccionaría ante una injusticia infligida en su contra? Una primera reacción, tal vez la más primaria, sería el deseo de venganza, entendida como la acción de causar daño o perjuicio a alguien en respuesta a un daño previo o una ofensa sufrida. En las sociedades modernas, se ha buscado dejar de lado ese deseo de venganza y depositar en el Estado y en el derecho las consecuencias por la comisión de una injusticia.

Otra posible reacción ante una injusticia es, precisamente, el deseo de justicia. Consiste en evitar que otros sufran lo que uno ha sufrido y que las consecuencias del derecho, y no de la venganza, se apliquen a aquellos que han causado el daño.

Thomas Buergenthal nació el 11 de mayo de 1934 en Lubochna, Checoslovaquia. Su vida estuvo marcada por la resiliencia y un profundo compromiso con la justicia.

La familia de Thomas Buergenthal se mudó a Zilina en 1938. A medida que la Guardia Hlinka eslovaca aumentaba su acoso a los judíos, la familia decidió irse a Polonia. Aunque su intención era huir hacia Gran Bretaña, la invasión alemana en septiembre de 1939 les impidió partir. La familia terminó en Kielce, Polonia, donde se estableció un gueto en abril de 1941.

Cuando el gueto de Kielce fue cerrado en agosto de 1942, las personas fueron enviadas al campo de exterminio de Treblinka. Sin embargo, Thomas Buergenthal y su familia evitaron la deportación y fueron enviados a un campo de trabajos forzados en Kielce. Posteriormente, Thomas y sus padres fueron deportados a Auschwitz en agosto de 1944 en donde fue separado de sus padres. A medida que las tropas soviéticas se acercaban, las unidades de las SS comenzaron la evacuación final de los prisioneros del complejo del campo

de Auschwitz, llevándolos a pie hacia el interior del Reich alemán. Estas evacuaciones forzadas son conocidas como “marchas de la muerte” debido a que cientos de personas murieron en el trayecto.

Thomas sobrevivió y fue enviado al campo de Sachsenhausen en Alemania, donde, en abril de 1945, fue liberado por las tropas soviéticas. Después de la liberación soviética de Sachsenhausen, Thomas fue colocado en un orfanato. Sus familiares lo localizaron y se reunió con su madre en Göttingen a finales de 1946. Posteriormente, en 1951, a la edad de 17 años, Thomas emigró a Estados Unidos.

Thomas Buergenthal estudió Derecho en la Universidad de Nueva York en 1960 y luego realizó estudios de posgrado especializándose en Derecho Internacional en la Universidad de Harvard. Si bien, Buergenthal tuvo una destacada carrera en instituciones internacionales, fue, principalmente, profesor de Derecho Internacional. Fue profesor en la Universidad George Washington, decano de la Facultad de Derecho Washington College, en la American University. Además, ocupó cátedras en la Universidad de Texas, la Facultad de Derecho de SUNY/Bufalo y la Universidad Emory. Durante su tiempo en Emory, se desempeñó como director del Programa de Derechos Humanos del Centro Carter.

El trabajo de Thomas Buergenthal se extendió más allá del ámbito académico. Fue juez en varios organismos internacionales, incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1979 a 1991, donde también ocupó el cargo de presidente. Fue juez en el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, de 1989 a 1994. En 1992 y 1993, participó en la Comisión de la Verdad de las Naciones Unidas para El Salvador. De 1995 a 1999, fue miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Su papel más destacado fue como juez en la Corte Internacional de Justicia en La Haya, donde sirvió desde 2000 hasta 2010. Asimismo, participó en varios arbitrajes.

Su impacto en el desarrollo del derecho internacional, los derechos humanos y en la consolidación de instituciones internacionales, es invaluable. Además de su labor judicial, Thomas Buergenthal fue un autor prolífico, publicando numerosos libros y artículos sobre derecho internacional, derechos humanos y derecho comparado. Sus memorias, *A Lucky Child (Un niño afortunado)*, son un testimonio de su resiliencia y su gran calidad humana. En el epílogo de dicho libro Thomas Buergenthal señala: “[I] was drawn to international law, and to international human rights law in particular, because I

believed, somewhat naively at first, that these areas of the law, if developed and strengthened, could spare future generations the type of terrible human tragedies that Nazi Germany had visited on the world”.

Esa es quizá la respuesta a nuestra pregunta inicial. La intención de este *in memoriam*, no es la de hablar de los casos, libros y artículos, de Thomas Buergenthal, esos documentos son de acceso libre y pueden ser fácilmente consultados. En cambio, la motivación fue la de dar a conocer una parte de su historia de vida, la infancia, etapa determinante en la formación, carácter y espíritu de las personas y que en el caso de Thomas Buergenthal lo forjó como una persona admirable y ejemplar.

En lo personal, tuve el honor de conocer al juez Buergenthal, quien siempre se caracterizó por su humildad, sencillez y, sobre todo, su gran calidad humana. Thomas Buergenthal falleció el 29 de mayo de 2023. Descanse en paz.

Luis Benavides
Mayo de 2023

In memoriam Modesto Seara Vázquez

El presente, es un breve testimonio sobre la vida, obra y trascendencia del doctor Modesto Seara Vázquez, doctrinario, jurista e internacionalista hispano-mexicano de talla universal, cuya reciente partida nos tomó por sorpresa a todos, pues era una persona de enorme fortaleza física y mental, vigoroso y empecinado como todos los grandes maestros y los pensadores subversivos. Don Modesto, el incansable, representa sin duda el prototipo más acabado y mejor encaminado del académico, el formador, el investigador, el creador institucional, el pedagogo, el iconoclasta, el jurista innovador y el reformador universitario, con amplio impacto en instituciones educativas de México, España, Francia y el resto de Europa y América Latina, sin pasar por alto su innegable influencia en el pensamiento de las universidades del mundo anglosajón y en los sistemas jurídicos inspirados en la familia del *common law*.

Muchos autores y doctrinarios del mal llamado mundo civilizado, retomaron sus ideas y aportaciones en materias de derecho internacional, política mundial y comparada, política exterior, geopolítica y administración educativa, entre otras más. Internacionalista innato, fiel e irrepetible, compartió los grandes foros y congresos y debatió en las asambleas de numerosas organizaciones internacionales, proponiendo y argumentando los fundamentos, la prospectiva y los grandes retos que enfrentan la aún joven disciplina de las Relaciones Internacionales y la ciencia cuasi milenaria del Derecho Internacional.

El doctor Seara fue un autor prolífico y de muy variadas preferencias por las ciencias, la filosofía, la cultura, la música, la literatura, las artes, la poesía, la reflexión existencial y el amor por los libros. Miles de jóvenes estudiantes de todo el país, principalmente de los estados de Morelos, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Guerrero, Oaxaca, Michoacán, Chiapas y el sureste mexicano, han sido beneficiarios directos de los proyectos educativos y de extensión académica que el maestro creó, como es el caso del Sistema de Universidades del Estado de Oaxaca (SUNEO), que, a la fecha, cuenta con 19 campus activos y una matrícula de aproximadamente 11,000 alumnos. Las universidades instauradas por el doctor Seara son además verdaderos motores del desarrollo en sus respectivas localidades.

Modesto Seara Vázquez, nació el 11 de septiembre de 1931 en la Villa de Allariz, provincia de Orense, situada en el sureste de Galicia, España. Residió en México desde 1960, cuando fue traído al país por el insigne jurista, historiador y diplomático mexicano José Isidro Fabela Alfaro, hasta su muerte el 26 de diciembre de 2022. Desde joven vivió la persecución política que sufría su padre por parte del ejército franquista, lo cual definió su vocación por la política y los asuntos internacionales debido a que en su hogar se daba puntual seguimiento al desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. La sociedad española estaba inmersa en la guerra civil y muy afectada por una inclemente persecución política contra todos aquellos que estaban en contra del régimen del dictador Franco. Toda la situación abonó para que en él comenzara a germinar una fuerte atracción por los derechos humanos y de los pueblos, y la lucha por las libertades sociales.

Participó en movimientos antifranquistas en los años de 1954 y 1956. Después, buscó la manera de desplazarse a Madrid para estudiar ahí un Doctorado en la escuela diplomática. Sin embargo, a principios de 1957, se trasladó a Londres con la finalidad de mejorar y perfeccionar sus conocimientos en el idioma inglés, para lo cual se inscribió en el Victoria College. A finales del mismo año decidió encaminarse a Francia, con el objetivo de mejorar su francés e inscribirse en el Doctorado en Derecho Internacional que se impartía en La Sorbona. Una vez inscrito en dicha universidad solicitó una admisión en la Casa de España en la Ciudad Universitaria de París, donde fue aceptado en un principio, pero después de que las autoridades de la institución averiguaron sus antecedentes políticos, fue rechazado.

Una vez aprobados sus cursos en La Sorbona en 1959, presentó su tesis doctoral acerca del derecho del espacio exterior, la cual llevaba por título “Études de Droit Interplanétaire”, la cual fue motivada por el lanzamiento del Satélite Sputnik I, realizado por la Unión Soviética el 4 de octubre de 1957, y se convirtió en una de las primeras obras en abordar el derecho sobre el espacio exterior o ultraterrestre, lo cual le ganó prestigio en su comunidad y dio lugar a que tuviera diversas invitaciones a congresos europeos e internacionales. Una de las invitaciones que recibió gracias a su investigación de grado fue en 1959, para presentar una ponencia en el Congreso de la Federación Astronáutica Internacional, en Londres, donde por primera vez hace pública su propuesta sobre la Teoría de la Reglamentación Funcional del Espacio, y al ser del agrado de los miembros, se publica en 1960 en Viena para que fuera adoptada por la mayoría de los juristas internacionales.

Poco tiempo después, en 1960 estuvo a punto de ser detenido por la brigada política social de España, en Madrid, lo cual obligó al joven Seara a buscar un territorio en el cual establecerse y decidió viajar a México. Ya en nuestro país, conoce personalmente a Isidro Fabela, quien había facilitado su traslado al país y con el que mantendría una perdurable amistad. Don Isidro lo había contextualizado sobre los grandes problemas nacionales y se motivó sobremanera, pues llega a asumirlos como si fueran suyos o los de la España franquista. Con estos y otros elementos, logra conseguir una colaboración con la UNAM, donde se desempeñó como profesor investigador de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas). Al mismo tiempo, comenzó a impartir cátedras en la Facultad de Derecho y en la entonces Escuela de Ciencias Políticas y Sociales (hoy Facultad).

Para 1967, cuando propone la creación de la carrera de Relaciones Internacionales en la UNAM, Seara se convierte en profesor de tiempo completo en la Escuela de Ciencias Políticas y Sociales. Además de ejercer su cargo, el director de ésta, Enrique González Pedrero, le encargó fundar y organizar la División de Estudios Superiores (DES) con la finalidad de transformar dicha Escuela en la hoy Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Bajo su dirección, se crearon cuatro doctorados, e invitó a grandes profesores del ámbito internacional a formar parte de su equipo, entre ellos: Friedrich Katz (Universidad de Humboldt de Berlín), Frank Brandenburg (Universidad de Chicago), Altschuler (Hawaii University), Ignacio Sotelo (Freie Universität Berlín), y Luis García San Miguel (Universidad de Madrid).

En 1969 decide tomar un año sabático, y realiza un viaje por Europa con fines de retroalimentación y visita su país natal y Alemania para investigar a fondo la política exterior franquista, con material del Instituto Iberoamericano de Berlín. En 1970 regresa a México para continuar con la docencia, y se convierte en el director fundador del Centro de Relaciones Internacionales (CRI) de la FCPyS, en el que participamos activamente varios profesores y ex alumnos de la Especialidad. En aquel entonces, la UNAM publica algunos de sus libros, dentro de los cuales figuran: *Introducción al Derecho Internacional Cósmico* y el *Manual de Derecho Internacional Público*, y cristaliza su iniciativa de editar el *Boletín del Centro de Relaciones Internacionales*, antecedente directo de la Revista *Relaciones Internacionales*, que continúa editándose hasta la fecha. Fue en aquel bienio, 1972-1973, cuando me ofreció la oportunidad de trabajar con él como profesor adjunto en la materia de Derecho Internacional Pú-

blico. Recuerdo también que unos años después, en 1980, nos invitó a los profesores Ricardo Méndez Silva, José Eusebio Salgado Salgado (maritimista reconocido mundialmente, q.e.p.d.) y a un servidor, entre otros, a fundar el *Anuario Mexicano de Relaciones Internacionales* en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales (ENEP) Acatlán (hoy Facultad) de la UNAM, que apareció ininterrumpidamente con dos volúmenes anuales, hasta el año de 1987.

Fue, precisamente, en 1988, cuando el gobernador del estado de Oaxaca, Heladio Ramírez López (1986-1992), que había sido su alumno en la Facultad de Derecho de la UNAM, le solicita armar un proyecto de universidad para la Ciudad de Huajuapán de León, en la región mixteca oaxaqueña, enclavada en una zona desértica y casi sin vegetación. Así, a pesar de todas las circunstancias y el panorama de la región, en la primavera de 1990, la Universidad Tecnológica de Mixteca iniciaba actividades, ocupando un campus de unas 100 hectáreas, con una matrícula inicial de 48 alumnos, cinco profesores y dos aulas. Con el empuje inicial, la Universidad del Mar fue la segunda en establecerse, en Puerto Ángel, sobre la hermosa costa oaxaqueña, y así siguieron creciendo con los años todos los campus en calidad, extensión territorial y número.

Su trayectoria durante todos estos años continuó siendo muy fructífera y con grandes aportaciones a la ciencia, la cultura, la educación, la innovación tecnológica y al desarrollo de la sociedad. En mérito a su notable labor, se le otorgaron algunas de las distinciones más importantes para un académico, como: la Condecoración del Águila Azteca, del Gobierno de México, 1976; la Presidencia de Honor y Fundador de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales, desde 1993; la Medalla de Oro al Mérito Académico, de la UNAM, 2011, y la Medalla de oro, de la Academia Rusa de Ciencias Naturales, por el trabajo innovador en el campo de la educación superior, 2012.

En cuanto a las obras del maestro Seara, escritas y publicadas con gran éxito y aceptación a lo largo de su vida, y que fueron más de 30, destacan: 1) *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 1968 (24 ediciones); 2) *El socialismo en España*, UNAM, 1980; 3) *Tratado General de la Organización Internacional*, México, FCE, 1985; 4) *Una nueva Carta de las Naciones Unidas*, México, UTM, 1993; 5) *La hora decisiva*, México, Porrúa, 1995; 6) *A New Model of University. Universities for Development*, México, UTM, 2010; 7) *La Sociedad Internacional Amorfa*, México, UMAR-UNAM, 2011; 8) *Después de la Tragedia. A 70 años de la Segunda Guerra Mundial*, México, AMEI-UMAR, 2015; 9) *Se-*

guridad y Asuntos Internacionales, México, Siglo XXI, 2020, y 10) *Pandemia: la crisis catastrófica*, México, UMAR, 2021.

Finalmente, solo quepa mencionar que el doctor Seara Vázquez, sin lograr la esperada convalecencia, nos tomó la delantera un día 26 de diciembre de 2022, y aunque se sigue sintiendo su presencia, su influencia y generosidad, se extraña su estilo y su enérgica palabra. Sus cenizas fueron separadas en dos partes. La primera de ellas, reposa al pie de un sobrio obelisco que se levantó en su honor y memoria, en el campus de su opera prima, la Universidad Tecnológica de la Mixteca, en Huajuapán de León, Oaxaca, en México. La segunda, se encuentra con su familia, en Torremolinos, Orense, Galicia, en España.

Con él termina una época de construcción y reforzamiento de la República académica de habla hispana, y se inicia otra que todos los juristas e internacionalistas universitarios estamos llamados a consolidar y enaltecer. En todos nosotros, el maestro sembró en terrenos feraces y labró en nuestras mentes principios, ideas y valores que continuarán guiando nuestro quehacer en la práctica académica, en la vida profesional y en el genuino compromiso político y social. Nos enseñó a enseñar y fue, ante todo, un mentor de dimensión universal, un apasionado fiel de la honestidad intelectual y de la justicia y la legalidad, por encima de los intereses del poder y del dominio. No hay un adiós, sólo un hasta luego. Usted habrá de vivir por siempre, maestro.

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás

 <https://orcid.org/0000-0002-8658-5884>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: karlovel@prodigy.net.mx

